أسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)

أ.م. د. غني ريسان جادر   الباحثة. زمن فوزي كاطع

كلية القانون /جامعة البصرة

الملخص

تبدأ الدعوى المدنية بطلب يقدمه المدعي الى القاضي وتنتهي بصدور الحكم فيها والحكم العادل هو الغاية التي ينشدها المدعي من رفع دعواه لكن الوصول الى هذا الحكم ليس بالامر السهل لان النزاع المرفوع أمام القاضي يتكون من مجموعة من العناصر والوقائع المنتجة والغير منتجة ووسائل الدفاع والهجوم بالاضافة الى ما تتميز به القواعد القانونية من العمومية والتجريد والتي تتناول أعداد من الحوادث لاحصر لها ولما كانت هذه الحوادث لاتقوم الا معينة ولكل منها خصوصية لا توجد في غيره ومن ثم يجب على القاضي أن يدخل هذه الحوادث تحت طائلة أحدى هذه النصوص، والموضوع قد يكون سهلاً او صعباً وهو كله أجتهاد ونظر وهو ما أطلق عليه بالتكييف ومن ثم فأن الوصول للحكم العادل ليس ميسوراً على القاضي لذلك أوجد النظام القانوني ما يسمى بتكييف الدعوى وهو يعتبر وسيلة القاضي للوصول الى الحكم في الدعوى فالتكييف هو أنزال حكم القانون على الوقائع.

والدعوى المدنية تتكون من عنصرين هما الواقع والقانون حيث يعتبران جناحي الدعوى المدنية ومن واجب الخصوم تقديم الوقائع للمحكمة وإثباتها ومهمة القاضي هو إعطاء هذه الوقائع اسماً قانونياً ينطبق عليها اي بمعنى آخر ردها الى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها وهو ما يعرف بالتكييف ومن ثم فأن التكييف الخاطئ يحدث أما بسبب الخصوم نتيجة عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى أو بسبب عدم إتباع إجراءات الاثبات المنصوص عليها في القانون.

والتكييف القانوني كقاعدة عامة هو من واجب المحكمة حيث يجب على القاضي أن يكييف الدعوى التكييف الصحيح تاركاً تكييف الخصوم جانباً لذلك يقع التكييف الخاطئ بسبب المحكمة اما بسبب عدم عدم الدقة في تقدير وقائع الدعوى او بسبب الخطأ في تطبيق نصوص القانون وقواعد القانون الاخرى.

Reasons of wrong adjustment in the civil case (A comparative study)

Assis. Prof. Dr. Ghani Rassan Jader
Researcher. Zaman Fawzi Gateh
College of Law / Basrah University

Abstract

The civil procedure begins when the plaintiff presents a lawsuit to the judge it is ended by issuing the adjudication. The fair adjudication is the purpose of the plaintiff from his lawsuit, but to reach this adjudication is not easy because the dispute which is submitted to the judge including a group of elements, the productive and nonproductive events, defense and attack means. In addition, it includes legal rules of generalization and divestiture which tackle with number of unlimited events since these events are specific and they have their own uniqueness so the judge should put these events within the rule of these text, the subject may be easy or difficult and it is all based on diligent and opinion which is called adaptation, then reaching the fair adjudication is not easy for the judge so he finds what is called litigation characterization which is considered as the judge means to apply the law provision on events.

Civil procedure consists of two elements which are the reality and law which consider as the wings of civil procedure. The litigants shall present the facts to the court and prove them and the judge's task is to give those facts a legal name: in other words, it means to take them back to lawful rule that is necessary to be applied, which is known by characterization and then the false characterization happens either the litigants as a result to the lack in identifying the facts or unfollowing the proof procedures of the law.

Lawful characterization as a general rule is the court duty which means the judge shall characterize the lawsuit correctly leaving the litigant characterization aside so that the false characterization happens because of the court, because the lack of precision of litigation appointing or the fault in applying the law provisions and other law rules.

المقدمة

اولاً- جوهر فكرة البحث

أن التكييف القانوني للدعوى المدنية يُعد عملاً ملزماً للقاضي وذلك من أجل حل القضية المعروضة أمامه ذلك ولأن القاضي وهو الذي يمثل القانون ويقوم بتطبيقه على وقائع النزاع التي يطرحها الخصوم عليه وقبل أن يطبق القانون لابد من أن يكيف الوقائع أولاً فالدعوبالمقامة أمام القاضي تمثل خليطاً من الواقع والقانون وتتمثل مهمة القاضي في تطبيق حكم القانون على الوقائع. فالتكييف يعتبر عملية ذهنية معنوية تقوم على معطيات موضوعية تتألف من شقين؛ الاول : وهو يمثل مجموعة الوقائع المقدمة من قبل الخصم،والثاني: يتكون من القاعدة القانونية ومن ثَّم فأن عملية المطابقة بين الواقع ومفترض القاعدة القانونية يسمى التكييف وهو لايعتبر من مسائل الواقع ومن ثم لاسلطان للخصوم عليه، فمهمة الخصوم تتمثل بتقديم الواقع وأثباته والقاضي يقوم بتطبيق حكم القانون على الواقع. فنطاق سلطة الخصوم قاصرة على مجال الوقائع وإثباتها، والقاضي هو الذي يقوم بعملية التكييف طارحاً تكييف الخصوم جانباً لان التكييف القانوني الصحيح يبدأ مع وضع الدعوى قانوناً بين يدي القاضي وقبل ذلك لايوجد تكييف قانوني وانما هو التأصيل القانوني للخصم في صحيفة أفتتاح دعواه وهو ما يعبر من خلاله عن رآيه الخاص بمركزه القانوني وهو يعتبر رأياً ذاتياً مهما بلغ قدرُهُ، ، وبما أن دور الخصوم في التكييف يتحدد بتقديم وقائع الدعوى وإثباتها لذلك يحدث التكييف الخاطئ بسبب الخصوم أما بسبب عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى حيث يعمد الخصوم الى إخفاء بعض الوقائع أو إعطائها غير الوصف الصحيح أو نتيجة عدم مراعاة قواعد الاثبات عند إثبات الوقائع. اما دور المحكمة فيتحدد بفهم الواقع وتطبيق النصوص القانونية الصحيحة لذلك يقع الخطأ في التكييف من جانب محكمة الموضوع اما نتيجة عدم فهم الواقع او الخطأ في أعمال النصوص القانونية ، فإذا أخطات المحكمة في تحديد وصف واقعة وأدخلتها ضمن قاعدة لاتنطبق عليها فإن ذلك يؤدي الى التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية ومن ثَّم فأن التكييف الخاطئ في الدعوى هو : عدم رد واقعة الدعوى الى النص القانوني الواجب التطبيق عليها.

ثانياً – أهمية البحث وأسباب اختياره

تكمن أهمية الموضوع بما لتكييف الدعوى من دور مهم في حسم الدعوى من أجل الوصول الى الحكم العادل فيها ذلك أن عدم قيام القاضي بتكييف الدعوى سيضعهُ في مشكلة

وهي عدم القدرة على الحكم في الدعوىإذ ليس جميع الوقائع التي تطرح على القاضي تصلح أساساً للحكم فيها بالاضافة الى أن القاضي ملزم بحدود الوقائع التي يعرضها الخصوم ومن ثَّم فان إعادة تكييف الدعوى قد ينطوي على مساس بالبنيان الواقعي للدعوى وهذا محظور على القاضي تعديله لذلك لابد من تحديد سلطة الخصوم والقاضي في مجال التكييف، ومن هنا جاء أختيارنا لموضوع أسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية تكمن في أهمية الموضوع في نطاق قانون المرافعات بالاضافة الى ندرة البحوث في هذا المجال ولاهميته في الحياة القانونية العملية ولما للتكييف الخاطئ من تأثير على الدعوى بصورة عامة وعلى الحكم القضائي خاصة .

ثالثاً – نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث من خلال عرض الاسباب التي تؤدي الى التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية وبيان دور كل من الخصوم والقاضي في التكييف الخاطئ ودراستها في ضوء أحكام القانون العراقي والمصري والفرنسي معززين الدراسة بالقرارات القضائية .

رابعاً– خطة البحث

ترتكز خطة البحث على مبحثين وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول : التكييف الخاطئ بسبب الخصوم .

المبحث الثاني : التكييف الخاطئ بسبب محكمة الموضوع .

المبحث الاول/ التكييف الخاطئ بسبب الخصوم

لقد بينا أن الخصوم لهم دور في حيز الواقع فهم الذين يرسمون للقاضي نطاق دعواهم من خلال ما يقدمونه من وقائع وما يتمسكون به من أدلة لأثبات هذه الوقائع وأن القاضي ملزم بحكم وظيفته بتطبيق حكم القانون على الوقائع كما حددها الخصوم ومن ثم لايجوزله تعديل وقائع الدعوى[١] ومن خلال الوقائع التي يقدمها الخصوم يتحدد نطاق الدعوى حيث يلتزم القاضي بحدود الوقائع التي أدلى بها الخصوم ولا يجوز له الخروج عنها او بناء الحكم على وقائع خارج أوراق الدعوى . أذ يتحدد دور الخصوم في نطاق الدعوى المدنية بتقديم وقائع الدعوى وعرضها وتوضيحها للمحكمة[٢] فالدعوى المدنية تتكون من الوجود المادي للوقائع وكذلك من العناصر القانونية وتقوم المحكمة من أجل التوصل الى التكييف الصحيح بأيراد وقائع الادعاء والدفوع المثارة في مواجهة الادلة المقدمة وذلك لإثبات صحة هذه الوقائع[٣]، ويقصد بالوقائع التي يثبتها الخصوم هي مصدر الحق المدعى بوجوده او زواله او

الحاق وصف به والقاضي يراقب الخصوم من ثلاث نواحي الاول؛ فيما يتعلق بشروط الواقعة محل الاثبات والثاني يراقب الوسيلة التي يستخدمها الخصم في الاثبات وأخيراً ما يتعلق بتكييف الخصم للوقائع محل الاثبات وأن مسألة الرقابة على تكييف الخصم مسألة مهمة لانها تعتبر من المبادئ المستقرة في القانون وهو أن التكييف مسألة قانونية يفصل فيها القاضي دون أن يكون مقيداً بتكييف الخصوم ولانها قد تؤدي الى الحكم للخصم بسبب آخر غير السبب الذي تمسك به المدعي مع ما في ذلك من شبهة تغيير سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره[٤] ويحدث ذلك في حالة تكييف الخصم لموضوع النزاع بناء على سبب لايتفق مع حقيقة الدعوى مما يؤدي الى التكييف خاطئ ومن ثم يجب على القاضي أعادة تكييف الدعوى بما يتفق مع طبيعته الذلك ينبغي على الخصوم التزام الدقة في تعيين وقائع الدعوى ومراعاة توافر شروط الواقعة محل الاثبات فاذا لم يعطِ الخصوم الواقعة وصفها القانوني الصحيح او تجاهلوا شروط الواقعة محل الاثبات أو لم يتبعوا طرق الاثبات المقررة قانوناً فأن ذلك يؤدي الى الخطأ في تكييف الدعوى المدنية وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول: عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى .

المطلب الثاني :عدم مراعاة قواعد الاثبات في الدعوى.

المطلب الاول/ عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى

من الطبيعي أن يوجد تناقض بين التكييف والارادة لان التكييف قد يكشف عن حقيقة ربما لم تتجه لها إرادة اي من الاطراف مع ذلك أذا توافرت بعض الشروط قد نختار تكييف معين لأجل تحديد هذا الأثر القانوني فالتكييف الذي يدعيه الخصوم يقوم بوظيفتين اي تعبير عن إرادتين، فهو يعبر عن الوقائع اولاً ويحدد موضوع النزاع أو المسائل المتنازع فيها ثانياً[٥]، ولما كان هدف الخصوم من عرض نزاعهم على القضاء وتحمل مشقته ورسومهِ هو من أجل الوصول الى حل النزاع ، وهذا الامر لايمكن الا بعد أن تعرض جميع مسائلهُ أو أكثرها للمناقشة والتحقيق والتفصيل [٦]. لذلك يجب على الطرفين المتخاصمين تحديد وقائع الدعوى وتحديد موضوعها بشكل دقيق فيجب أن تشتمل عريضة الدعوى على موضوع الدعوى والا كانت عرضة للبطلان ومن ثَّم فأن عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى أو بيان موضوعها يؤدي الى الخطأ في تكييف الدعوى المدنية وبناءًعليه سوف نقسم هذا المطلب وعلى النحو الاتي:

اولاً– تعيين الواقعة في الدعوى.

ثانياً – بيان موضوع الدعوى.

أولاً_ تعيين الواقعة في الدعوى

الواقعة القانونية:هي كل حدث يقع يرتب عليه القانون أثراً قانونياً قد يكون أكتساب شخص لحق لم يكن له من قبل وهذه الواقعة قد تكون طبيعية أو أنسانية[٧].

وعرفت أيضا الواقعة بأنها:أي حادثة وقعت بفعل الانسان أو هو حادث مادي محض أعتدَ به القانون ليولد منه بالنسبة الى شخص معين او أشخاص ضدهم أو لمصلحتهم حالة قانونية أو مركزاً قانونياً عاماً دائماًاو ليحدث به على العكس أثراً قانونياً محدداً[٨].يلاحظ على هذا التعريف أنه جامع يشمل التصرف القانوني والواقعة القانونية والتصرف القانوني:هوأتجاه الارادة الى إحداث أثر قانوني معين فيرتب عليها القانون هذاالاثر[٩].

والاثر القانوني :هو أثر أرادي أي أن الارادة اتجهت الى أحداثه والتصرف أما يصدر من جانب واحد أو من جانبين فالتصرف الصادر من جانب واحد يقوم على إرادة شخص واحد تنفرد بإبرامه وتحدد أثاره مثل الاقرار والوصية، أما التصرف الصادر من أرادتين فلا تكفي فيه أرادة واحدة وإنما يشترط تطابق ارادتين وتقابلهما ويطلق على هذا النوع من التصرفات القانونية العقد او الاتفاق كعقد البيع او الرهن[١٠].

أما الواقعة فهي واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً وهي ليست إرادية كما في التصرف القانوني ومن الامثلة على الواقعة العمل الغير مشروع والكسب دون سبب فهما واقعتان قانونيتان تنشآن الحقوق الشخصية والحيازة تكسب الحقوق العينية والموت واقعة قانونية قد تكسب الحقوق العينية كما في الميراث وتقضي الحقوق الشخصية كما في أتحاد الذمة والواقعة القانونية كالتصرف القانوني قد تنشأ الحقوق الشخصية وقد تنهي الحقوق العينية وقد تقضيها جميعاً وترتب عليها آثاراً قانونية[١١].

ويذهب الجانب الموضوعي الى أن السبب الذي ينشئ علاقة هو أمر يجد ويحدث تعديلاً في العلاقات الموجودة ويرى هذا الاتجاه أن الواقعة ذات صفة بعدية أي أن الآثار القانونية لا تترتب عليها الابعد وقوعها فلا توجد واقعة قانونية بحسب أصلها فكل واقعة تنشأ معزولة عن كل شيء ثم تصبح قانونية عندما يرتب عليها القانون نتائج قانونية ويخلص الفكر الموضوعي الى أن الواقعة هي التي ترتب أثار قانونية خلافاً للوقائع التي لا ترتب اي أثر ، كالاكل والشرب والتنفس وينتهي هذا الاتجاه الى أن الواقعة هي الامر الذي يحدث

ويترتب عليه نشوء الالتزام بصرف النظر عما إذا كانت الارادة قد أتجهت الى أحداثه ام لم تتجه[١٢].

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن الواقعة إما أن تكون طبيعية لادخل لأرادة الانسان فيها وقد تكون اختيارية اذاحدثت بإرادة الانسان وهذه الاخيرة إما أن تكون أعمالاً مادية او قانونية والاعمال القانونية اما أن تكون صادرة من جانب واحد او صادرة من جانبين والقانون هو من يحدد الاثار القانونية المترتبة على الوقائع[١٣].

اما الفكر الاجرائي فيرى أن الواقعة هي كل تغير في مركز موجود يرتب عليه أثراً قانونياً بأن يعطي للمركز الجديد وصفاً قانونياً جديداً ومن خلال ذلك يتضح أن الواقعة القانونية ليست مصدراً للأثر وأنما ظرف لترتب الاثر القانوني.

وهكذا يتضح أختلاف الصياغة الاجرائية عن الصياغةالفنية الموضوعية فالواقعة هنا ليست مصدر للأثر القانوني وأنما ظرف لذلك الاثر[١٤]،إن هذا الاختلاف بين الجانب الموضوعي والاجرائي في تحليل الواقع يرجع الى تغاير النظرة لفلسفة الواقع كل منهما عن الاخر لان القاضي عندما يطبق القانون الموضوعي فهو يستند الى القانون الاجرائي الذي يخوله سلطة تطبيق القانون على النزاع المعروض استناداً لنظرية الاختصاص القضائي اي أن القاضي يطبق أحكام القانون الموضوعي تنفيذاً لأحكام القانون الاجرائي لذلك تبرز فكرة أن القانون الموضوعي هو غاية النشاط القضائي اما القانون الاجرائي فهو قانون حركة هذا النشاط [١٥].

وتشكل الواقعة أساساً مشتركاً بين القانون الموضوعي والاجرائي وتربط بينهم ربطاً وظيفياً بشكل محكم وكذلك تربط بين الخصوم والقاضي لذلك قيل أن الخصوم يمدون القاضي بالواقع والقاضي يمدهم بالقانون لذلك نجد أن المكلفين بالقانون الموضوعي بشكل أساسي هم الافراد اما المكلفين بالقانون الاجرائي فهم القاضي والافراد . وذلك لان القانون الاجرائي لايجد له تنفيذاً الا بنشاط الافراد اما إذا تدخل النشاط القضائي فإنه لايحكم هذا النشاط وإنما ينظم العلاقات الاجتماعية الاصلية ويظل أطراف هذه العلاقة هم المكلفون به اما النشاط القضائي فله القانون الاجرائي الذي يحدد مركز الخصوم والقاضي والافراد المشتركين فيه حتى يصل الى غايتهِ وهي تحقيق القانون[١٦].

ويذهب أتجاه آخر الى أن الواقع هو سبب الدعوى وقد جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية تقرر(أن سبب الدعوى التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لايتغير بتغير الحجج القانونية التي يستند اليها الخصوم) ويقصد بالسبب: الاساس القانوني

الذي يبنى عليه الدعوى ، اي منشأ الالتزام سواء كان عقداً او عملاً غير مشروع او إثراء بلا سبب ام نص القانون ولا يقصد بالسبب الادلة او وسائل الدفاع[١٧] ولا يملك القاضي تغيير سبب الدعوى حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية (إذا كان لمحكمة الموضوع أن تكييف الدعوى بما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح الا أنها مقيدة في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليه أو السبب القانوني الذي ترتكز عليه فلا تملك التغيير في مضمون هذه الطلبات أو أستحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم كما لاتملك تغيير السبب الذي أقيمت عليه الدعوى بل عليها أن تلتزمه وتقصر بحثهاعليه ..)[١٨].

وفي القانون العراقي يتحدد الواقع بالدعوى بوقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها كما نص المشرع العراقيفي المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وبوقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها في قانون المرافعات المصري وبالأدعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعى عليه في ظل قانون المرافعات الفرنسي ويظهر الفرق واضحاً بين التشريعين المصري والعراقي فهما لم يعالجا الوقائع التي يثيرها المدعى عليه على عكس التشريع الفرنسي الذي عالج المسألة[١٩].

ومن ثَّم فإن من واجب الخصوم تقديم الوقائع وتوضيحها وعرضها للمحكمة ويتمثل دور القاضي بعدم تعديل البنيان الواقعي في الدعوى وامتناعه من تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم في الدعوى ولم تثبت في اوراق الجلسات ولكن لايعتبر تدخلاً من القاضي في الواقع اذاقام باستبعاد بعض عناصر الواقع أو افتراض وجودهالأن القاضي لايقوم بذلك بشكل تحكمي وإنما يستند الى قاعدة إثبات تستهدف الى بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون فالقاضي لايحدد الوقائع التي يجد إمكانية الاعتداد بها واستبعاد البعض الاخر الاطبقاً لقواعد الاثبات التي تفرض عليه الاعتداد بوقائع دون غيرها[٢٠]، والاّ تعرض حكمه للطعن وهو ما أكدته محكمة التمييز في قرارتها حيث جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية(لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون حيث أن المحكمة وأن أتبعت قرار النقض التمييزي الصادر عن هذه الهيئة بعدد٤٨٣١/ الهيئة المدنية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/١٢الا أنها لم تتوصل الى نتيجة صحيحة حيث لم تستكمل تحقيقاتها المطلوبة في موضوع الدعوى ومنها التحقق من إزالة شيوع العقار المرقم ٢١٢/٦م٢٦ هيبة خاتون وذلك بجلب إضبارة الدعوى البدائية المرقمة ١١٢٢/ب/٢٠١٤ وربطها مع أوليات الدعوى لبيان مدى تعلقها بموضوع الدعوى وإزالة شيوع العقار المشاع بيعاًومن ثم أصدار ما يتراءى لها على ضوء ذلك عليه قرر نقض الحكم المميز..)[٢١]. وبناء عليه يجب على القاضي أن يعتد بالوقائع التي

لها علاقة بموضوع الدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم لتأييد ما يدعونه، كما أن الدعوى قد تحتاج الى تفصيل أكثر بالنسبة لوقائعها او قد تكون الوقائع كافية لكن أدلة الاثبات غير كافية لجعل الوقائع المقدمة ثابتة لتطبيق حكم القانون عليها فعندها للمحكمة أن تستدعي من ترى لزوم سماع شهادته فاذا تضمنت الشهادة وقائع جديدة فللمحكمة الاستناد على الوقائع الجديدة لتكوين قناعتها دون التقييد بالوقائع الت يقدمها الخصوم وطلبوا أثباتها بالشهادة ولايعد ذلك تدخل من المحكمة في مسائل الواقع لانها تكون قد حصلت على الوقائع بطريق حدده القانون[٢٢].

وخلاصة ما تقدم أنه يوجد ارتباط بين دور الارادة في القاعدة القانونية ودورها في الواقعة القانونية الفعلية بحيث اذا انعدمت أحداها انعدمت الاخرى ووجود أحداها يستدعي تلقائياً وجود الاخرى حتى يتم التطابق بين إرادة الواقع وإرادة القانون وهذا هو جوهر عملية التكييف حيث ينعدم التكييف بدون وجود أحداهما[٢٣].

بالإضافة الى ذلك فإن القاضي لايلزم بالتكييف القانوني الذي يعطيهِ الخصوم للوقائع فللقاضي أن يعيد تكييفها التكييف الصحيح لان توقف تطبيق القاعدة القانونية التي توافرت الوقائع التي تسمح بتطبيقها على طلب الخصوم

أنكار للقوة الملزمة لهذه القاعدة وأهدار لدور القاضي في الدعوى . وأعادة تكييف الوقائع لاتعتبر تعديلاً لسبب الدعوى مادام القاضي لم يغير الوقائع التي قدمها الخصوم، وبما أن القاضي ملزم بالحكم طبقاً للقانون فإن أعطاء الوصف الصحيح للوقائع المعروضة تعتبر واجباً عليه [٢٤].

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن عدم تعيين الوقائع بشكل دقيق او اخفاء بعض الوقائع في الدعوى من قبل أحد الطرفين يؤدي الى الخطأ في تكييف الدعوى المدنية الامر الذي يقتضي الدقة في تعيين الواقعة محل الدعوى .

ثانياً- عدم بيان موضوع الدعوى

إن القضاء المدني لايباشر وظيفتهُ الا بناء على طلب فإذا علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فلا يستطيع القاضي أن ينظره دون طلب من أحدهما فالقاضي لايعمل من تلقاء نفسه [٢٥]، ويعرف الطلب القضائي بأنه (هو ذلك الاجراء الذي يتقدم به شخص الى المحكمة عارضاً عليها ما يدعيه وطالباً الحكم له به)[٢٦] ومهما تنوعت الوسائل والطرق التي يستند اليها المدعي في تأييد طلباته فإن سبب الدعوى واحد لا يتغير وهو إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعة له[٢٧]. وليس للقاضي أن يتجاوز حدود الطلب او يحكم بغير ما طلبه

الخصوم او أن يستند في حكمهُ الى سبب غير سبب الطلب اذ يعتبر حكمهُ بغير طلب وليس له أن يحكم لمصلحة او ضد شخص ليس طرفاً في الطلب والا كان الحكم باطلاً والقاضي من أجل تكييف الدعوى تكييفاً صحيحاً فإنه ملزم في حدود الطلبات فليس له أن يغير في مضمون هذه الطلبات او أن يستحدث طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم[٢٨]. ولما كان القاضي المدني لايحكم من تلقاء نفسه وانما لابد من طلب يقدم اليه وأن لكل طلب لابد من موضوع ترد عليه والا رد الطلب ويعتبر موضوع الدعوى من ضمن البيانات التي أوجب قانون المرافعات أن تتضمنها عريضة الدعوى والا ردت الدعوى من قبل المحكمة ، حيث نص المشرع في المادة ٤٦ من قانون المرافعات العراقي على أنه يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على البيانات التالية (٥- بيان موضوع الدعوى فإن كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته وأوصافه وان كان عقاراً ذَكَر موقعة وحدوده او موقعة ورقمه أو تسلسله) . فإذا خلت عريضة الدعوى من بيان موضوع الدعوى فان أثر ذلك هو ابطال عريضة الدعوى.

اما المشرع المصري فلم يُشِر الا الى طلبات المدعي في المادة ٦٣ مرافعات مصري حيث جاء فيها (ترفع الدعوى الى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة مالم ينص على غير ذلك ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى البيانات التالية (٦- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها)

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (إذ كان لمحكمة الموضوع أن تُكيف الدعوى بما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون الا أنها مقيدة في ذلك بالوقائع والطلبات المعروضة عليها فلا تملك حق التغير في مضمون هذه الطلبات أو أستحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم)[٢٩] .

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة الرابعة من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٧٥ أن موضوع الدعوى يتحدد بإدعاءات الخصوم المبينة في عريضة الدعوى[٣٠].

ويعتبر موضوع الدعوى من عناصرها المهمة التي تحدد نطاق الدعوى وتوضح معالمها ويعرف موضوع الدعوى بانه مايطلبه المدعي من المحكمة في عريضته فهو الحق او المركز القانوني الذي يسعى المدعي لحمايته بالتداعي سواءكان ذلك الحق او المركز القانوني متعلقاً بشيء مادي او معنوي لذا فإنه عبارة عن وجود او عدم وجود حق او مركز قانوني او تمكين الخصم من القيام بعمل او الامتناع عن العمل او تغيير المركز القانوني للخصم [٣١].

ويتمثل محل الدعوى في عنصرين هما الحق او المركز القانوني الذي يسعى المدعي الى حمايته فالدعوى المتعلقة بملكية عقار هي غير الدعوى المتعلقة بتقرير حق ارتفاق على

نفس العقار،[٣٢] وكذلك محل الحق او المركز القانوني ،والقرار الذي يطلبه المدعي بدعواه[٣٣] ويشترط في موضوع الدعوى أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابل للتعين وموجوداً وقابل للتعامل فيه[٣٤].

ويقتصر دور المدعي على تقديم موضوع الدعوى الى القاضي المتمثل بمجموع الوقائع طالباً منه إصدار قرار يرتب أثراً اجتماعياً او اقتصادياً فالقاضي هو الذي يقوم بعملية التكييف القانوني للوقائع ويترجمها الى الادعاء بحق او مركز قانوني [٣٥].

ومن ثَّم فأن من واجب الخصوم تحديد طلباتهم في عريضة الدعوى فإذا كانت العريضة خالية من الطلبات فأن ذلك يؤدي الى أبطال عريضة الدعوى، وأن بيان موضوع الدعوى يعتبر أمراً ضرورياً تستطيع من خلاله المحكمة أن تصدر حكمها بصورة دقيقة لأنه لايصح القضاء بمجهول[٣٦] ومن أجل أن يتمكن القاضي أن يحدد محل الادعاء يجب عليه أن يقوم بفحص المراكز الموضوعية للخصم عن طريق مجموع الوقائع التي يتقدم بها المدعي، ويجب أن يكون تقدير القاضي دقيقاً وصحيحاً لانه قد يصادف بعض المشاكل والصعوبات فمثلاً أذا رفعت بطلب شيء معين فإن هذه الدعوى تختلف من حيث الموضوع عن دعوى بطلب قيمة هذا الشيء ونتيجة لذلك فإذا طالب شخص بسيارة فليس للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بقيمة هذه السيارة ولأن الحكم بقيمة الشيء لايتصور الا بثبوت ملكية ذلك الشيء فإن نفي الملكية نتيجة لرفض الاولى يؤدي الى عدم قبول الدعوى الثانية[٣٧] لكن على القاضي في حدود الوقائع التي يقدمها الخصوم عن موضوع طلباتهم أن يُكيف الدعوى ويجب عليه أن ينزل على الوقائع التكييف السليم من أجل التوصل الى معرفة سبب الدعوى الصحيح ليحكم في طلبات الخصوم على أساس هذا السبب ولو خالف السبب الذي قدموه الخصوم لإسناد دعواهم ولا يؤخذ على القاضي أنه قد غير سبب الدعوى لان المحظور على القاضي تغييره هو مجموع الوقائع التي قدمها الخصوم لاثبات دعواهم لا التكييف القانوني للوقائع[٣٨] لكن إذا كيف القاضي الوقائع تكييفاً غير صحيح تعرض حكمه للطعن [٣٩] ومن ثم يجب على الخصم أن يقوم بتحديد موضوع الدعوى بشكل دقيق حتى يتمكن القاضي من تكييفها التكييف الصحيح لان تحديد موضوع الدعوى لايقل أهمية عن الفصل فيها لان هذا التحديد هو الاساس الذي عن طريقة تُكيف المحكمة الدعوى المرفوعة أمامها ومن ثَّم فإن عدم تحديد موضوع الدعوى بشكل دقيق يؤدي الى تكييف الدعوى تكييفاً خاطئاً .

المطلب الثاني/ عدم مراعاة الخصوم قواعد الاثبات

يقوم الخصوم في الدعوى المدنية بامداد القاضي بعنصر الواقع ويقع عليهم في الوقت ذاته عبء إثبات ذلك الواقع حيث يعد الاثبات واجب على الخصوم في الوقت الذي يعد حقاً لهم(٤٠) ويجب على الخصوم مراعاة قواعدالاثبات المنصوص عليها ولكن قبل ذلك لابد من مراعاة توافر شروط الواقعة محل الاثبات وهوما سنتناوله تباعاً.

اولاً – شروط الواقعة محل الاثبات

الاصل أن لكل شخص الحق في اختيار الوقائع القانونية التي يستند اليها في تبرير دعواه غير أن هذه الحرية

قد ترد عليها قيود بعضها مستمد من طبيعة الاشياء والبعض الاخر يفرضهُ المشرع إما حفاظاً على حسن سير العمل في المحاكم او لتحقيق مصلحة عليا تتعلق بالنظام العام وحسن الاداب (٤١)وقبل بيان ماهية شروط الواقعة

محل الاثبات لابد من بيان الفرق بين شروط محل الاثبات وشروط طرق الاثبات فمسألة كون القانون يجيز الاثبات

بالشهادة اولا هي مسألة تتعلق بطرق الاثبات الجائز قبولها أما مايرد من أن القانون لايجيز أثبات واقعة لكونها مخالفة للنظام العام او غير منتجة فهذه المسألة تتعلق بشرط محل الاثبات(٤٢).

وأكد القانون العراقي في المادة العاشرة من قانون الاثبات العراقي على أن تكون الواقعة المراد أثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها ويوجد بالأضافة الى هذه الشروط شروط طبيعية وهي الشروط التي تكون مستمدة من طبيعة الامور وهي أن تكون الواقعة محددة وغير مستحيلة ومتنازع فيها(٤٣).وسوف نبين هذه الشروط تباعاً بشيء من الايجاز.

١ – الواقعة محددة

من ضمن الشروط الطبيعية للواقعة محل الاثبات أن تكون محددة وهذا الشرط طبيعي لان الواقعة غير المحددة تبقى مجهولة وذلك يجعلها غير قابلة للاثبات لأن الاثبات اقناع والاقناع لايرد على أمر مبهم او غير محدد ويستلزم أن يتم تحديد الواقعة عند عرضها أمام المحاكم لاثباتها سواء تم ذلك ضمن لائحة الدعوى او مذكرات الخصوم او في طلب الاحالة على التحقيق، ومحكمة الموضوع هي التي تقدر فيما إذا كانت الواقعة محددة تحديداً كافياً بما

لها من سلطة تقديرية [٤٤]، وللقاضي أن يستوضح من الطرفين الامور التي يراها مبهمة أو أن في أيضاحها فائدة لحسم الدعوى الامر الذي يؤدي الى تجنب التكييف الخاطئ للواقعة المعروضة عليه ويجب تحديد الوقائع تحديداً كافياً فإذا كان عقد بيع بضاعة فيجب بيان تاريخه وأوصاف البضاعة واذا كان ديناً وجب بيان تاريخ السند وهل هو سند عادي او رسمي ومقدار الدين وكل ما يتعلقبه من أوصاف [٤٥] ويعتبر هذا الشرط جوهري وضروري في أي طلب يقدم للقضاء ويكفي أن تكون الواقعة محددة عند القاضي في أمر اثباتها سواء أكان تعيينها في عريضة الدعوى ام في مذكرات الخصوم المقدمة في الدعوى أم في طلب الاحالة على التحقيق أو عند طلب تعيين خبير أو غير ذلك[٤٦].

وبناء على ذلك يشترط في الواقعة حتى تكون محلاً للاثبات أن تكون محددة سواء أكانت إيجابية كابرام عقد من العقود مثل من يدعي ملكية عين بموجب عقد بيع او واقعة سلبية مثل عدم اتخاذ المسؤول عن الضرر الاحتياطات اللازمة لعدم وقوع الفعل الضار، وإذا كان عملياً يصعب اثبات الواقعة السلبية الا أنه ليس مستحيلاً متى كانت هذه الوقائع محددة ويتم إثباتها عن طريق إثبات واقعة ايجابية مقابلة لها او منافية او مناقضة لها فاذا أراد شخص في دعوى المسؤولية أن يثبت عدم ارتكابه فعل ضار يكفي أن يثبت وجوده في مكان آخر وقت وقوع الحادث مع أقامة الدليل على عدم مساهمتهِ في وقوع ارتكاب الخطأ[٤٧].

وتظهر أهمية هذا الشرط في تكييف الدعوى المدنية حيث لايمكن تكييف واقعة مجهولة أو غير محددة لأن موضوع الدعوى يجب أن يكون محدد وواضح حتى يتمكن القاضي من تكييف الدعوى بشكل صحيح وبما يتفق مع طبيعة الدعوى اما اذا كانت الواقعة غير محددة فان ذلك يؤدي الى عدم امكان تكييف الدعوى او يؤدي الى الخطأ في تكييف الدعوى مما يعرض الحكم للطعن .

٢ - الواقعة ممكنة

يجب أن تكون الواقعة المراد اثباتها ممكنة الوقوع او غير مستحيلة ويوجد فرق بين استحالة الواقعة واستحالة الاثبات فمن يكون مكلفاً بإثبات واقعة قد يخسر دعواه عند عدم اثبات تلك الواقعة اما من يريد إثبات واقعة مستحيلة فإنما يحاول اثبات أمر غير مجد ولايجوز السماح به حرصاً على هيبة المحكمة [٤٨]. والاستحالة قد تعود الى الواقعة نفسها اي لايمكن تصديقها عقلاً ولا منطقاً مثل أن يدعي أعمى أنه شاهد الهلال او يدعي شخص بنوته الى شخص أصغر منه سناً وقد تعود الاستحالة الى عدم تحديد وصف الواقعة المراد

اثباتها وليس بالامكان تصديقها مثل أن يدعي شخص أنه وفى جميع التزاماته فهنا لايمكن قبولها لانها مطلقة[٤٩] .

كذلك يجب عدم الخلط بين صعوبة تقديم دليل واستحالة اثبات الواقعة فصعوبة تقديم الدليل لاتسوغ للقاضي أن يرفض اثبات الواقعة اما استحالة اثبات الواقعة فللحاكم أن يرفضه لعدم فائدتهِ كذلك فإن استحالة الواقعة لايعني انها غير محتملة التصديق فقد تكون واقعة غير محتملة التصديق صحيحة ويجب قبول اثباتها والا نكون في هذه الحالة قد منعنا القاضي من امكانية تأييدها دون أن يكون في القانون ما يدل على اشتراط أن تكون الواقعة محتملة التصديق لآمكان قبول اثباتها[٥٠]، وأن تقدير كون الواقعة ممكنة أو مستحيلة مسألة تعود لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز الا فيما يتعلق بتسبيب حكمةلأن محكمة التمييز تستطيع نقض الحكم اذا وجدت قصوراً في أسباب الحكم ويجب على القاضي أن يراعي جانب الحكمة والاعتدال في تكييف الدعوى وصدور الحكم فيها حتى لايحرم الخصوم من حق الاثبات في حين يكون هذا الاثبات ممكناً أو ان الواقعة مهما بعدت عن التصديق تكون صالحة كمستند للحق أو الدفع المدلى بهما[٥١].والواقعة المطلقة هي واقعة غير محددة سواء كانت ايجابية ام سلبية ومن ثم يستحيل اثباتها .

ومن خلال ذلك يتضح لنا أرتباط هذا الشرط بالشرط الاول واثره على تكييف الدعوى[٥٢].

٤ - الواقعة متنازع فيها

يشترط كذلك في الواقعة ان تكون متنازعاً فيها اي غير معترف فيها بين الخصوم فإذا كان الخصم معترفاً بها فلا حاجة لتكليف المدعي بإثباتها [٥٣]. ذلك أن عمل الحاكم ينحصرفي النظر بما هو متنازع فيه ويجب أن يكون النزاع وليد انكار فإذا قامت الواقعة على دليل لايقبل اثبات العكس فلا يجوز للمدعى عليه الانكار وليس للحاكم أن يمكنه منه لانه على فرض صحته لا أثر له [٥٤].

كما أن الواقعة لاتكون محلاً للاثبات اذا لم تكن محلاً للنزاع حولها فاذا كانت ثابتة بحكم حائز لحجيتهِ القضائية أو بحلف اليمين الحاسمة او النكول عنها فلا يمكن أن تكون هذه الواقعة محلاً لاثبات او نفي جديد [٥٥] .

تلك هي الشروط الطبيعة للواقعة محل الاثبات وتوجد بالاضافة الى هذه الشروط شروط أخرى قانونية يستلزمها القانون في الواقعة محل الاثبات وهو مانصت عليه المادة ١٠

من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ (يجب أن تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها)[٥٦] وفيما يلي سوف نتناول هذه الشروط تباعاً:-

١ - ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى اي أن تكون متصلة بموضوع النزاع لكي يتجنب القاضي وقوعه في خطأ عند تكييف الواقعة وبمفهوم المخالفة أن لاتكون الواقعة مقطوعة العلاقة بموضوع الدعوى[٥٧].ولايشترط في الواقعتين ان يكون الاتصال مادي وانما تكون العبرة بالاتصال العقلي الذي يقوم في ذهن القاضي بشأن الواقعة اي اقتناعهِ بأن ثبوت أحدهما يؤدي الى ثبوت الاخرى[٥٨]،وهذا الشرط يعتبر موجوداً أذا كان الاثبات قد انصب على مصدر الحق المدعى به كما لو أثبت المقرض عقد القرض للمطالبة بالدين او أن يثبت البائع عقد البيع للمطالبة بالثمن في هذه الصور لا يمكن أن تكون الواقعة الا متعلقة بالحق المطالب به وهو ما يسمى بالاثبات المباشر [٥٩].

لكن الاثبات قد لاينصب على مصدر الحق المطالب به بل على شيء آخر في هذه الحالة يشترط في هذا الشيء يكون قريباً ومتصلاً بالمحل الاصلي للاثبات وهو مصدر الحق المدعى به اي الحق ذاته وتعد الواقعة متصلة وقريبة اذا كانمن شأن اثباتها اقناع القاضي بوجود مصدر الحق وبالنتيجة الحق ذاته وإقتناع القاضي يتحقق إذا كانت الواقعة المراد اثباتها تجعل الحق المطالب به قريب الاحتمال [٦٠].

وحتى تكون الواقعة متعلقة بالدعوى يجب أن لاتكون ثابتة اذ لو كانت ثابتة فلا محل لاثباتها مثل الوقائع التي تندرج تحت ما يسمى بالمعلومات العامة مثل معرفة كون الليل يسبق النهار او ككون مياه البحر مالحة مثلاً حيث لايتعين على الخصم اثبات هذه الوقائع وللقاضي أن يتمسك بها ويعتبرها ثابتة بصرف النظر عن تمسك الخصوم بها او عن اثباتها ، كذلك اذا كانت الواقعة محل اتفاق من الطرفين او معترفاً بها فلا تكون محل نزاع الا اذا كانت تتعلق بمصلحة المجتمع فعند ذلك لايؤدي الاتفاق او الاقرار الى ثبوتها مالم تتفق مع الواقع وكذلك في حالة كون القانون قد أعفى الخصم من اثباتها كما في حالة الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية ، وحالة ما اذا كونت المحكمة رأيها بناء على هذه الواقعة فلا داعي لاثباتها من جديد [٦١]حيث قضت محكمة النقض المصرية (بأن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الاحالة الى التحقيق بعد أن وجدت في تقرير الخبير ما يكف لتكوين عقيدتها للفصل فيه)[٦٢].

وتقدير كون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية تخضع لسلطة القاضي التقديرية حيث لايمكن وضع معيار عام في هذا الصدد فالفصل في المسألة يختلف من نزاع الى آخر ولكن محكمة التمييز تستطيع أن تبسط رقابتها بهذا الصدد عن طريق مراقبة التسبيب لكن في الحالات التي يستلزم فيها القانون أن يكون الاثبات منصباً على الواقعة الاصلية او التي يقرر القانون فيها قرائن قانونية نجد أن سلطة القاضي في اتصال الواقعة بالدعوى تختفي بالكامل بل أن شرط التعلق يبدو عديم الجدوى من اشتراطه في هذه الحالة[٦٣].

والحكمة من هذا الشرط هو حرص المشرع على عدم اضاعة جهد القضاة ووقتهم في ما لاجدوى فيه فلا يقبل من الخصم أن يثبت واقعة غير متعلقة بالدعوى فلا فائدة من هذا الاثبات وهذا ما يؤدي في النهاية الى عرقلة تكييف الدعوى تكييفاً صحيحاً من قبل القاضي[٦٤].

٢ – ان تكون الواقعة منتجة في الدعوى

يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة مؤثرة ومجدية وحاسمة في اقناع القاضي بصحة وثبوت الحق المدعى به وعلى القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار كل الوقائع المقدمة بصورة مجتمعة وليس كل واقعةعلى حدة حيث قد تبدو بعض الوقائع عديمة الفائدة عند النظر اليها على انفراد في حين لو نظر اليها مجتمعة يمكن أن تؤدي الى اقناعة[٦٥].

وكون الواقعة منتجة في الدعوى يستلزم أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى فانتاج الواقعة في الاثبات يحتاج الى تعلق الواقعة بموضوع الدعوى فكل واقعة متعلقة بالدعوى لاتكون بالضرورة منتجة بالاثبات لكن كون الواقعة منتجة تكون حتماً متعلقة بالدعوى [٦٦].

وعليه فان شرط كون الواقعة منتجة في الدعوى هو أعلى مرتبة من كون الواقعة متعلقة بها ومع ذلك أشترط المشرع في المادة العاشرة من قانون الاثبات أن تكون الواقعة متعلقة ومنتجة فيها حتى لايبدو للقاضي لاول مرة أن الواقعة متعلقة في الدعوى ثم يمضي في اجراءات الاثبات ثم يتضح أن الواقعة غير منتجة فيتوقف سير الدعوى دون جدوى الامر الذي قد يترتب عليه عدم صحة تكييف الدعوى[٦٧] وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة الاثبات غير المباشر عندما يكون المطلوب اثباته واقعة غير الواقعة الاصلية في هذه الحالة يجب أن تكون تلك الواقعة متعلقة بالواقعة الاصلية وأن توجد صلة قوية بين الواقعتين لكن وجود علاقة بين الواقعتين لايكفي لاعتبارها منتجة فقد تكون متعلقة بالدعوى ومتصلة بها لكنها غير منتجة لان أثباتها لايفيد ولا يؤثر في اقتناع القاضي بوجود الحق المدعى به مثل أن يدعي

شخص تملكه لقطعة أرض بموجب عقد بيع من غير مالكها الاصلي فعلى الرغم من أن المحل هو ذات الارض موضوع النزاع الا أن ثبوت البيع لايفيد في اثبات الملكية لكونه صادر من غير مالكه فلا يكون منتج في الاثبات [٦٨] وتكون الواقعة البديلة منتجة في الدعوى اذا كان اثباتها يجعل اثبات الواقعة الاصلية قريب الاحتمال مثل أن يقدم المستاجر مخالصة للأجرة عن مدة لاحقة للمدة المطالب بأجرتها فإن هذه الواقعة منتجة في الدعوى لان القانون يعتبرها قرينة على الوفاء بالاجرة المطلوبة مالم يقم الدليل على عكس ذلك وهي كذلك واقعة متعلقة بالدعوى وأن لم تكن هي ذاتها واقعة الوفاء بالاجرة المطالب به[٦٩].

٣ – ان تكون الواقعة جائزة الاثبات قانوناً

قد تتوافر جميع الشروط السابقة في الواقعة محل الاثبات ومع ذلك لاتقبل الواقعة الاثبات قانوناً فقد يمنع

القانون اثبات واقعة معينة تحقيقاًلأغراض وأهداف معينة فقد تقضي المصلحة العامة عدم جواز اثبات واقعة لمخالفته اللنظام العام او الاداب او لنص قانوني فلا يصح قبول أثبات الربا الفاحش فليس للمدين أن يثبت أن مدينه أقترض منه مبلغاً من المال بفائدة كبيرة تخالف نسبة الفوائد الاتفاقية القانونية[٧٠].

ولايجوز للموظفين او المكلفين بخدمة عامة إفشاء ما وصل الى علمهم أثناء قيامهم بواجباتهم من معلومات لم تطرح بالطريق القانوني ولم تأذن الجهة المختصة بإفشائها ولو بعد تركهم العمل ومع ذلك لهذه الجهة أن تأذن لهم بالشهادة بناء على طلب المحكمة او أحد الخصوم ويجب ملاحظة أن منع الاثبات هنا لايتعلق بالواقعة ذاتها وإنما يتعلق بدليل لايجوز قبوله في صورة معينة حيث أن الواقعة التي يمنع الشخص من الادلاء بها بسبب وظيفتهِ جائزة القبول لكن لايجوز قبولها بشهادتهِ، وهناك اعتبارات لاتجيز الاثبات وذلك لتعارض الاثبات مع الاسباب التي تقتضيها الصياغة الفنية للاثبات فهناك اعتبارات لاتجيز اثبات الواقعة كالنص القانوني على قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس او أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة الى خصمه عن واقعة حلفها لأن القانون قد افترض صحة الواقعة[٧١].

وإن مسألة كون الواقعة جائزة الاثبات قانوناً تعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز لان عدم جواز الاثبات يرجع دائماً الى حكم في القانون على خلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى او منتجة حيث يعتبران من المسائل الموضوعية التي لا تخضع للرقابة[٧٢].

وهكذا يتضح أنه لامحل لاثبات الوقائع المعترف بها بين الخصوم ولامحل لاثبات الوقائع التي أعفى القانون الخصم من إثباتها مثل افتراض أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية مالم يثبت الخصم عكس ذلك.[٧٣]

وهذه الشروط قد نص عليها المشرع العراقي في المادة العاشرة من قانون الاثبات وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري [٧٤]؛ اما المشرع الفرنسي فقد نص في المواد ٢٥٣/ف٢ والمادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على شرطين وهو أن تكون منتجة وجائزة الاثبات قانونا[٧٥].

تلك هي أهم الشروط التي يجب على الخصوم الالتزام بها عند عرض وقائعهم أمام المحكمة ومن ثَّم فأن مخالفة اي من الشروط السابق ذكرها يؤدي الى انحراف الدعوى عن مسارها ومن ثم قد يؤدي الى تكييفها تكييفاً خاطئاً مما يعرض الحكم للنقض لذلك يجب على الخصوم التقيد بتلك الشروط عند عرض وقائعهم امام القاضي والا فان للقاضي رفض اثبات تلك الوقائع.

ثانياً- تحمل الخصم عبء الاثبات

يعرف الاثبات بمعناه القانوني بأنه (اقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجودواقعة قانونية ترتبت أثارها) [٧٦]، وعرف أيضاً بأنه (هو اقامة الدليل امام القضاء بطريقة من طرق الاثبات التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول الى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة)[٧٧].

هكذا فان الاثبات القضائي يقوم على وجود الواقعة القانونية او صحتها سواء كانت واقعة مادية مثل العمل غير المشروع الذي يرتب القانون على فاعله التزام بالتعويض او تصرف قانوني مثل عقد بيع يترتب عليه نقل ملكية المبيع الى المشتري وهذه الواقعة يجب ان تكون منتجة اي أن يكون من شأنها في حالة ثبوتها اقتناع القاضي بالحق او بالأثر المدعى به ويتقيد الخصوم في نطاق الاثبات وكذلك القاضي بالادلة التي حددها القانون فالاثبات القضائي اثبات مقيد ويكتفي القانون في حسم المنازعات بالحقيقة النسبية التي تقوم على الظن الراجح والتي يستخلصها القاضي من أدلة الخصوم .[٧٨] ولما كان الاثبات القضائي هو اقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب عليها القانون اثراً فاذا أنكر الخصم هذه الواقعة لاتصبح حقيقة قضائية الاعن طريق الاثبات القضائي فالحق الذي ينكره صاحبه ولا يقوم عليه دليله القضائي ليس له قيمة علمية ويصبح هو والعدم سواء من الناحية القضائية ، لكن

قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم الدليل عليه وينتج بعض الاثار القانونية لكن هذا نادراً ولا يحسب حسابه[٧٩].

ومن الضروري أن يعرف المدعي الامر الذي يجب عليه اثباته فهل يجب أن يثبت الحق المدعى به ام يثبت الواقعة القانونية التي أنشات هذا الحق، ولاثبات اي ادعاء أمام القاضي يجب من الناحية المنطقية اثبات عنصرين أولهما:عنصر الواقع وهو مصدر الحق المدعي به وعنصر القانون :وهو القاعدة القانونية التي تقرر هذا الحق ومحل الاثبات لايرد على الحق المدعى به وإنما يرد على الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق فإذا استطاع المدعي أن يقيم الدليل علىهذه الواقعة فإنه يكون قد أمن الحق المدعى به ومن ثم فمحل الاثبات لايرد على القاعدة القانونية لان معرفة القاعدة القانونية مهمة القاضي وإنما يرد على الواقعة بوصفها مصدر الحق[٨٠].

اما عبء الاثبات فيقصد به: تكليف أحد المدعين باقامة الدليل على دعواه وقد سمي التكليف بالاثبات عباً لكونه يلقى على عاتق من يكلف به[٨١]. ومن المبادئ الاساسية في قانون المرافعات أن الدعوى هي ملك الخصوم ومن حق الخصوم مناقشة الادلة التي تقدم في الدعوى واذا كان الاثبات عبأً يفرض على المدعي فإنه في نفس الوقت حق له لايستطيع القاضي أن يحرمه منه او يحجبه عنه والا تعرض حكمه للنقض فاذا توافرت في الواقعة محل الاثبات شروط اثباتها فانه ينشأ للمدعي الحق في إقامة الدليل على الواقعة وللخصم الاخر الحق في نفيها او استبعادها اذا لم تتوافر شروطها كمحل للاثبات ويجب على القاضي أن يمكن الخصم من استعمال حقه بالاثبات سواء أكان إيجابياً ام سلبياً والا يخل بحق الخصم في الدفاع خلافاً للقانون [٨٢]، وقد نص المشرع العراقي في المادة (٧/ ف١) من قانون الاثبات النافذ على أن(البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)[٨٣] ولابد من التنويه الى أن المدعي في الاثبات لا يقصدبه الخصم الذي رفع الدعوى بل يقصد به المدعي بالواقعة محل الاثبات سواء أكان رافع الدعوى ام من رفعت عليهالدعوى وهو المدعى عليه فليس ضرورياً في مجال الاثبات أن يكون المدعي هو رافع الدعوى فالمدعى عليه في دفعه يصبح مدعياً[٨٤]ومن ثم فان المدعي في مجال الاثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع فكلاهما مدعي فيما يدعيه ، الا أن الراي الراجح يذهب الى أن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ويقصد بالظاهر بأنه (موقف أو وضع ثابت في نظر الكافة ، فيغلب الظن على أنه الموقف أو الوضع الحقيقي مالم يقم الدليل على كذب هذا الموقف او الوضع)[٨٥] ويعتبر تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء الاثبات من الامور الدقيقة لان القاضي لا

يستطيع أن يقر بحق شخص في ادعائه مالم لم يثبت هذا الحق بالدليل وكثير من الاشخاص يخسرون دعواهم مع أنهم اصحاب حق بسبب عجزهم عن إثبات دعواهم [٨٦]

ولتحديد من يقع عليه عبء الاثبات أهمية كبيرة حيث تتوقف عليه نتيجة الدعوى فمن يقع عليه عبء الاثبات يكون في مركز أضعف من خصمه اذ يكلف بأمر إيجابي بينما يقف خصمه موقفاً سلبياً [٨٧]. مثلاً يكون الحائز في موقف سلبي هو السكوت بينما يكلف من يدعي الملكية بالاثبات فيكون موقفه ايجابياً لان حائز الحق صاحبه الى حين اثبات العكس[٨٨].

ويرد على حق الخصم في الاثبات ثلاثة قيود أولها انه لايجوز للخصم أن يثبت مايدعيه الا بالطرق التي حددها القانون فلايجوز للخصم أن يثبت بالبينة ما لايجوز اثباته الا بالكتابة ولا أن يُجزأ اقرار خصمه اذا كان هذا الاقرار لايقبل التجزئة حيث يجب أن يتقيد في مجال الاثبات بالطرق التي حددها القانون، وثاني هذه القيود أنه لايجوز للخصم أن يطلب أثبات واقعة لاتتوافر فيها شروط الاثبات وهي أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائزاً اثباتها قانوناً اما القيد الثالث فهو حرية القاضي في تقدير قيمة الادلة التي يقدمها الخصم وأن حق الخصم في الاثبات يقابلهُ واجب على عاتق الخصم الاخر وعلى عاتق الغير في أن لايعرقل هذا الحق بتعنت أو بسوء نية ويصل هذا الواجب الى مدى بعيد فيفرض في بعض الحالات على الخصم الاخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعي من أثبات حقه [٨٩]كذلك لايجوز للخصم صنع دليل لنفسه وهذه تعتبر نتيجة منطقية إذ لو جاز ذلك لتعرض كل انسان لادعاءات لاحصر لها يصنع ادلتها أشخاص اخرون ويستثنى من ذلك حالة ما أذا كان الخصم قد تمسك بالدليل أو قبل بهذا الدليل [٩٠].

على أن تقيد حق المدعي في تقديم الدليل ليس مقيد فقط في الطرق التي حددها القانون ، وأنما في الحدود التي يجيزها القانون أذ تقسم طرق الاثبات من حيث القوة الى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الاثبات، وبالنسبة للنوع الاول فيصلح لاثبات كافة الوقائع سواء كانت مادية او تصرفات قانونية ويتجسد في الكتابة الا أن قوة هذا الدليل تبلغ اقصاها في السندات الرسمية أما الطرق ذو القوة المحدودة فتصلح لاثبات بعض الوقائع وتتمثل في الشهادة والقرينة القضائية واليمين المتممة ،أما الطرق المعفية فتصلح للاعفاء من اثبات أي واقعة مادية او أي تصرفقانوني مهما بلغت قيمتهُ مثل الاقرار والقرينة القانونية واليمين الحاسمة ، وتفقد هذه الاخيرة قيمتها أذا تعارضت مع أدلة الاثبات الاخرى[٩١].

وإن حق المدعي في تقديم الدليل يعتبر مكمل لحقة في اللجوء الى القضاء والذي يعد من الحقوق التي نصت عليها الدساتير [٩٢] الا أن قانون الاثبات العراقي والمصري لم تنص عليه على خلاف الحال في قانون المرافعات فقد نص القانون العراقي في المادة (١/٦٠) من قانون المرافعات التي نصت على (تسمع المحكمة المدعي أولاً ثم المدعي عليه ويجوز تكرار ذلك حسب الاحوال ويكون المدعي عليه آخر من يتكلم)[٩٣].

وقد لايكلف الخصم بالاثبات اذا وجدت قرينة لصالحة وأحيانا قد ينقلب عبء الاثبات لوجود قرينة حالة واحياناً يلجأ الى استخدام فكرة الافتراض الى ادخال او استبعاد عنصر واقعي من الوقائع المطروحة[٩٤]. ويقصد بالافتراض القانوني[٩٥] بأنه (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه)[٩٦]،او هو (عبارة عن وسيلة صياغية قانونية تكمن في روح النص دون أن تمس الفاظه يقوم في تبرير قاعدة قانونية أو توسيعها او انشائها)[٩٧]. وبذلك يتشابه مفهوم الافتراض القانوني مع الحيلة القانونية

وأن من الامثلة على حالة الافتراض القانوني في قانون المرافعات ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون المرافعات العراقي المعدل (تسلم الورقة المطلوب تبليغها الى الشخص نفسه ولو كان خارج محل اقامتهِ او تسلم في محل اقامتهِ الى زوجتة او من يكون مقيماً معه من أقاربة او أصهاره أو ممن يعملون في خدمتهِ من المميزين وكذلك يجوز تسليم الورقة الى مستخدميه في محل عمله حيث أفترض القانون أن التبليغ قد تم بمجرد تسليم ورقة التبليغ الى أحد هولاء الاشخاص[٩٨].

لابد من الاشارة الى أن الخصم الذي يحكم القاضي لصالحه لا يشترط فيه أن يكون قد قدم دليلاً قاطعاً على دعواه لان ذلك ليس دائماً مستطاعاً لكن يكفي أن يقدم دليلاً على رجحان إدعائه[٩٩] أما أذا عجز عن تقديم دليل يؤدي الى قناعة المحكمة بثبوت الحق الذي يدعيه فترد دعواه وهو ما أكدته محكمة التمييز في قرارتها[١٠٠] وبعد أن ينتهي القاضي من عرض أدلتهم فان للقاضي في حدود ماستخلصه من الوقائع التي يدلي بها الخصوم أن يسبغ على الدعوى تكييفها السليم ولا جناح عليه إن خالف تكييف الخصوم لأن مثل هذا التكييف اذا كان خاطئاً لا يقيد القاضي لأنه بحكم وظيفته كما سبق أن أشرنا ملزم باعطاء الدعوى تكييفها الصحيح[١٠١].

وعليه يجب على الخصم احترام حق الدفاع للطرف الاخر وأن يلتزم باثبات دعواه في حدود القانون والا يخرج عن قواعد الاثبات المحددة وان لايبتدع طريق للاثبات لم ينص عليه

القانون [١٠٢] وأن يراعي توافر الشروط التي نص عليها القانون في الواقعة محل الاثبات أما في حالة عدم احترام قواعد الاثبات التي نص عليها القانون أو عدم اعطاء الخصم الحق بإبداء دفاعة يؤدي الاخلال بعملية الاثبات خاصة في الاحوال التي يلزم فيها الخصم بتقديم مستند تحت يده فإن امتناع الخصم عن تقديمه قد يؤدي الى تكييف الدعوى تكييفاً خاطئاً. وهو ما أكده المشرع العراقي في المادة ١٩٦ /٤ التي أجازت إعادة المحاكمة اذا حصل طالب الاعادة على أوراق منتجة في الدعوى قد حال الخصم الاخر عن تقديمها.

المبحث الثاني/ التكييف الخاطئ بسبب محكمة الموضوع

إن التكييف يُعد من أصعب المهمات التي تواجه القاضي وعن طريق التكييف يتم معرفة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع التي يقدمها الخصوم حيث رأينا أن الخصوم يمدون القاضي بالوقائع ويثبتون هذه الوقائع ومهمة القاضي هو فهم الوقائع وتطبيق القاعدة القانونية الملائمة على هذا الواقع.حيث أن الحكمة السائدة في الفقه الفرنسي(أعطني الحقيقة وسأقدم لك الحق) تؤكد على شرط معرفة القاضي بالقانون حيث أن الاشخاص يعفون من تقديم دليل على حكم القانون الذي يستندون اليه لدعم مطالبهم وانما واجبهم فقط تقديم الوقائع التي تدعم مطالبهم وواجب القاضي هو البحث عن القانون [١٠٣]. وبعد أن بينا أن الاثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والاجراءات التي حددها القانون على وجود او صحة واقعة متنازع فيها تصلح اساساً لحق مدعى به وأن أشخاص الاثبات هم الخصوم من ناحية والقاضي من ناحية أخرى[١٠٤]، وبعد أن بينا دور الخصوم في الاثبات لابد من بيان دور القاضي فالحكم القضائي ليس نتيجة لعملية ذهنية وفكرية يقوم بها القاضي وأنما هو نتيجة عملية عقلية تعتمد على الفهم الواعي والدقيق لواقعة الدعوى والادلة المقدمة فيها وكذلك طلبات الخصوم ودفوعهم الجوهرية ويجب على القاضي في ضوء ذلك أن يكيف الواقعة التكييف القانوني الصحيح ومن ثم يحدد النص الواجب التطبيق عليها [١٠٥].

لذلك يقع الخطأ في التكييف من جانب المحكمة أما بسبب خطأ المحكمة في فهم الوقائع او الخطأ في اعم النصوص القانون ، لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين.

المطلب الاول: التكييف الخاطئ في مسائل الواقع.

المطلب الثاني :التكييف الخاطئ في مسائل القانون.

المطلب الاول/ التكييف الخاطئ في مسائل الواقع

اذا كان الخصوم أحراراً في أن يقدموا ما شاؤوا من الوقائع الا أن فهم ذلك الواقع يقع على عاتق المحكمة وأن فهم الواقع يجب أن يتم وفق الضوابط القانونية[١٠٦] لأنه (وأن كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الادلة المقدمة وفي وزن الادلة وتقديرها وترجيح بعضها على البعض الاخر الا أنه يخضع لرقابة محكمة التمييز في تكييف هذا الفهم وفي تطبيق ما ينبغي تطبيقه من أحكام القانون بحيث لايجوز له أن يطرح ما يقدم اليه تقديماً صحيحاً من الأدلة او الاوراق المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن يدون في حكمه بأسباب خاصة ما يبرر هذا الطرح)[١٠٧]. من خلال ذلك يتضح لنا أن الخطأ في مسائل الواقع يحدث إما نتيجة الخطأ في فهم وتقدير الوقائع او بسبب عدم مراعاة قواعد الاثبات .لان القاضي ملزم في حدود الوقائع التي يدلي بها الخصوم أن يقوم بإستخلاص الصحيح في حدود قواعد الاثبات القانونية ، وكون القاضي ملزم باستخلاص الوقائع الصحيحة أوجب أن يكون له من تلقاء نفسه أن يتخذ ما يراه مناسباً من اجراءات الاثبات في حدود المقبول منها قانوناً [١٠٨].

لان الحقيقة القضائية لاتثبت الابالطرق والاجراءات التي نظمها القانون ولان القاضي بشر يصيب ويخطئ فقد يخطئ في التقدير بأن تكون الحقيقة التي يصل اليها مخالفة للواقع [١٠٩]حيث لايكفي لصحة أقتناع القاضي أن يقوم باستقراء العناصر القانونية للواقعة موضوع الدعوى والادلة المقدمة فيها وإنما يجب أن يستنتج منها نتائج صحيحة تتفق مع طبيعة قواعد المنطق القانوني[١١٠] ومن ثمَّ فان خطأ محكمة الموضوع في مسائل الواقع اما خطأ في تقدير الوقائع او خطأ في الاجراءات المتبعة لاثبات هذا الواقع وهو ما سنتناوله على النحو الاتي:

اولاً – الخطأ في تقدير الوقائع.

ثانياً – الخطأ في أجراءات أثبات الوقائع .

اولاً– الخطأ في تقدير الوقائع

السلطة التقديرية عبارة عن نشاط ذهني يقوم به القاضي في تحليله لمادة النزاع المعروض عليه واختيار النص الملائم الذي ينطبق على وقائع النزاع حتى يصدر حكماً مطابقاً لصحيح الواقعة والقانون لان القاضي يجب أن يتقيد في مجموع هذا النشاط الذهني بما لايخرج عن نطاق الغاية الاجتماعية للقانون فنشاط القاضي ينصب على حرية اختيار السلوك

الملائم للغايات التي حددها القانون ويجب تقييد نشاط القاضي بوقائع النزاع المطروحةحيث لايجوز أن يفرض وقائع لم يدلي بها الخصوم أمامهُ ليبني عليها حكمه [١١١].

وان عملية فهم القاضي للواقع المطروح عليه بشكل دعوى أمر غاية في الاهمية حيث لن يستتى لها لتكييف القانوني الصحيح الا اذا أدخل في دائرته واقعاً مفهوماً فهماً صحيحاً لانه يشكل اللبنة الاساسيةفي التكييف القانوني وضرورة أن يفهم القاضي الواقعة فهم صحيح ضرورة منطقية لان القاضي اذا فهم الواقع فهماً خاطئاً كان التكييف القانوني خاطئ[١١٢]، وفهم الواقع في الدعوى كما عرفه ابن القيم الجوزية هو (أستنباط حقيقة ما وقع بالادلة والامارات والعلامات واحاطة علمه بها)[١١٣]،وعرفه علماء القانون بأنه(التحقق من وجود الواقع المنتج والصحيح مناط الدعوى على حقيقته)[١١٤] ويجب على القاضي عند فهمه للواقعة أن يحددها تحديداً دقيقاً ومن خلال هذا التحديديتعين عليه أن يستخلص الصورة الصحيحة التي تتفق مع حقيقتها والظروف المحيطة بها[١١٥]. ويستخلص القاضي الوقائع من أقوال الخصوم ومذكراتهم ومستنداتهم من مصادر موجودة فعلاً في أوراق القضية فإذا أثبت مصدراً للوقائع لا وجود له أو موجود لكنه مناقض عقلاً ومنطقاً الى وقائع أخرى ثابتة أو يستحيل عقلاً استخلاص تلك الوقائع من مستندات الدعوى كان قضاؤه خاطئاً لان ذلك يناقض العمل القضائي لان اقتناع المحكمة بأقوال الخصوم او الشهود أوالمستندات ينبغي أن يكون له ما يبرره في اوراق الدعوى[١١٦].

كذلك يجب تحديد مد سلطة القاضي بتطبيق قواعد القانون الآمرة او المكملة لاسيما وأن قواعد قانون المرافعات تحتوي على نوع من القواعد القانونية التي تتوقف على ارادة الخصوم مثل قواعد الدفع بعدم الاختصاص المكاني فلا يستطيع القاضي أن يتمسك بتطبيق هذه القواعد لأنها لاتتعلق بالنظام العام[١١٧].

ويحاول القاضي دائماًأن يقرب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية حيث قد يوجد اختلاف بين الحقيقتين ويمكن تصور حدوث هكذا أمر عندما يكون الحق موجوداً لكن لايوجد دليل لاثباتهمما يؤدي الى خسارة صاحب الحق لحقه[١١٨] ويجب على القاضيان يقوم بتحصيل فهم الواقع بالدليل القانوني الذي يجوز له الاستدلال به وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين في القانون[١١٩].

والقاضي وهوبصدد تمحيص الوقائع يتمتع بأستقلالية حيث لارقابة لمحكمة التمييز عليه[١٢٠]، حيث ليسلم حكمة التمييز الخوض في واقع الدعوى الذي أثبتته محكمة الموضوع[١٢١] لكن ذلك لايعني أنها لا تراقب الواقع برمته بل تراقب مدى فهم القاضي للواقع

من نواح متعددة مثل التحقق من الوجود المادي للوقائع واحاطته بها على ضوء قواعد قانون الاثبات وتراقب الواقع أيضاً من خلال تسبيب الحكم ،[١٢٢]كما أن تحديد حجية أدلة الاثبات تفرض على القاضي في استخلاص الواقع بالدعوى وبمعنى آخر التثبت من الوجود المادي للوقائع المدعى بها فاذا خالفها او أخطأ في تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع بالدعوى واعتبر القاضي مخطئاً في تطبيق القانون ويمتد هذا الفهم الخاطئ الى تكييف القاضي للوقائع وبالنتيجة يعتبر الحكم برمته باطلاً[١٢٣].

وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية (المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الادلة المقدمة لتأخذ بما تطمئن اليه وتطرح ما عداه ولا رقابة عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة) [١٢٤] وللقاضي أن يستبدل النصوص القانونية لتصحيح الاخطاء القانونية التي وقع فيها الخصوم ولكن يشترط لذلك أن لايغير من الوقائع التي عرضها الخصوم [١٢٥].

ويتخذ الخطأ في فهم الواقع صور متعددة عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقرار لها أذا بنى القاضي حكمه على واقع استخلصه من مصدر لا وجود له او موجود لكنه مناقض لما أثبته او غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاصه من تلك الواقعة كان هذا الحكم معيبا يتعين نقضه فاذا جعلت المحكمة بعمادهافي قضائها وقائع استخلصتها من تقرير الخبير ومن الاوراق التي أشارت اليها وكانت هذه الوقائع بعيدة عما يمكن أستخلاصه من تلك الاوراق يتعين نقضه[١٢٦].

ومتى أتم القاضي فهم الواقع في الدعوى فانه يتناول القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ثم ينزل حكم القانون على حاصل ذلك الفهم مكيفاً للوقائع ، فالقاضي متى يثبت أمامه حصول البيع بظروفه وشروطه فيتعين حتى يحكم فيمن يضمن المبيع عند هلاكه أن يبحث عن أي نوع من أنواع المبيع يمكن إدخال صورة الدعوى تحت عمومه وفيما اذا كان بيع عين معينة جزافاً ام بيع بالوزن وهذا البحث هو ما يفيد بالتكييف وهو يعتبر اجتهاداً من القاضي لايسعه معرفته الا من خلال تعرف أنواع هذه البيوع وادراك ما بينهما من فوارق[١٢٧]، ومن ثم فإن أي خطأ من القاضي في فهم الواقع يؤدي الى خطأ في التكييف ففي المثال أعلاه خطأ القاضي في معرفة نوع البيع يؤدي الى أدخاله تحت طائفة من البيوع لاينتمي اليها ومن ثم تطبيق قاعدة قانونية لاتنطبق عليه وهكذا يبدو لنا أهمية فهم الوقائع في الدعوى الفهم الصحيح يؤدي الى تجنب التكييف الخاطئ ومن ثم عدم الطعن بالحكم.

ثانياً – الخطأ في أجراءات أثبات الوقائع

يهدف الاثبات القضائي الى حماية الحقوق وضمان حسن تمتع أصحابها بمزاياها في ضوء المصلحة الاجتماعية للحق ، ولان المدعي عندما يطالب بحق أو مركز قانوني فان ذلك يستلزم وجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق أو المركز القانوني وثبوت واقعة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة . والاثبات كما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أنه (الاثبات يرد على الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق او الالتزام وهو ما يمكن تسميتة بعنصر الواقع)[١٢٨]ويتم الاثبات القضائي بطرق محددة رسمها القانون يتقيد بها القاضي ولايستطيع أن يحيدعنها[١٢٩].

وتعتبر الادلة المقدمة في الدعوى أداة القاضي في الوصول الى الحق في الدعوى المنظورة فاذا كان النظام القضائي لايقبل واقعة الااذا كانت هذه الواقعة صحيحة وثابتة فان الدليل هو ما يستعان به في مجلس القضاء لاثبات صحة الواقعة المتنازع فيها ، لذلك يجب على القاضي أن يقوم باستقراء الأدلة المقدمة من قبل الخصوم إستقراء منطقياً وقانونياً لمعرفة مضمونها ومشروعيتها حتى يصل الى نتائج سليمة فيسلم قضاؤه من فساد في الاستدلال او خطأ في الاستنباط وهو ما يترتب عليه صحة أعتماده على الادلة المقدمة من أحد الخصوم [١٣٠].

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير كل دليل او مستند يقدم اليه من أجل أن يبنى حكمه على الدليل او المستند الذي يطمئن اليه ولذلك لايجوز المجادلة أمام محكمة النقض في تقدير شهادة شاهد اطمانت اليه او لتقرير خبير أخذت به محكمة الموضوع، فلقاضي الموضوع أن يوازن بين أدلة الاثبات مفضلاً بعضها على بعض فيأخذ بالدليل الذي يطمئن اليه ولا يلزم بالرد استقلالاً على الادلة التي لم يأخذ بها مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة تكفي لحمل النتيجة التي انتهى اليها [١٣١].

ولقاضي الدعوى الحرية التامة في فحص مستندات الدعوى لاستنتاج ما يمكن استنتاجة عقلاً من وقائعها حيث لارقابة لمحكمة النقض على الحكم الذي يصدره القاضي نتيجة ما يستخلصه من اوراق الدعوى والمستندات المقدمة فيها [١٣٢].

ومن خلال قراءة نصوص قانون الاثبات العراقي نجد المشرع قد نص في المادة الاولى من القانون المذكور على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولاًالى الحكم العادل في القضية المنظورة) من خلال

هذا النص يتجلى الدور الايجابي الذي منحه المشرع للقاضي في توسيع سلطتهِ في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم وصولا الى الحكم العادل [١٣٣] اذ يكون للقاضي الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم واستكمال ما نقص من الادلة واستيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى ولكن ذلك لايتعارض مع تقيد القاضي بأدلة معينة وبتحديد قيمة هذه الادلة وتقييد حرية القاضي هنا لابد أن تقابله حرية القاضي في حدود القيمة التي أعطاها القانون له حتى تتضح الحقائق أمامه واضحة بشكل كامل [١٣٤]حيث أعطى المشرع العراقي في المادة ٦٩ من قانون المرافعات (للمحكمة أن تدعو اي شخص للإستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى)

وكذلك المشرع المصري والفرنسي قد منح القاضي سلطة ايجابية في الدعوى حيث نص المشرع المصريفي المادة ١١٨ على أن (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة او لأظهار الحقيقة)[١٣٥].

وكذلك من مظاهر حرية القاضي الدور الايجابي الذي منحه المشرع للقاضي بتقدير بعض الادلة التي لم يحدد لها القانون حجية معينة مثل الشهادة حيث نص المشرع العراقي في المادة ٨٢ من قانون الاثبات العراقي (لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين : الموضوعية والشخصية ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة). وكذلك يحق للمحكمة أن تستدعي من ترى لزوم سماع شهادته[١٣٦] ويجب عليه أن يفصل بالمنازعات المعروضة عليه طبقاً للقانون حتى اذا لم يطلب الخصوم ذلك فيجب على القاضي في حدود الوقائع المثارة إستخدام خبرته وفهمه للنظر في الموضوع للوصول الى الوصف القانوني الصحيح دون الاستناد على نص معين او تكييف الخصوم[١٣٧].

ودور القاضي لايقتصر على تلقي الادلة التي يتقدم بها الخصم بل يقوم بتقديرها في حدود القيمة التي أعطاها المشرع لكل دليل على حدة وهناك قواعد يجب ان يلزم بها القاضي حيث يجب أن لايساهم في جمع الادلة ولا أن يستند الى دليل يقدمه هو بعيداً عن الخصوم واذا كان يعلم بواقعة ذات أهمية في الدعوى فلا يستطيع أن يستند عليها اذا لم تكن قد قدمت وفقا للاجراءات المقررة في القانون[١٣٨] وكذلك لايجوز له أن يأخذ بتحقيق أجراه غيره الا اذا قدمه من أراد الاستدلال به واطلع عليه واستند عليه في المناقشة[١٣٩] وكذلك فإن القاضي المدني مقيد كقاعدة عامة فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية المقدرة بنصاب معين وهو مقيد بموضوع الدعوى وعدم الخروج عليها ولايجوز له القضاء بعلمه الشخصي المتحصل

خارج مجلس الحكم [١٤٠] لان علم القاضي هنا يكون دليل في القضية ولما كان تقديم الدليل يقتصر على الخصوم في القضية فإن حكم القاضي بعلمه الشخصي يعد بمثابة دليل في الدعوى أضافة الى ذلك أن للخصوم الحق بمناقشة الادلة المقدمة في الدعوى فإذا أعطي للقاضي الحق أن يحكم بعلمه الشخصي فإنه نزل بمنزلة الخصم ويصبح القاضي خصماً وحكماً في وقت واحد وهو لايجوز[١٤١]، ولاتعد المعلومات المستقاة من خبرة القاضي في شؤون العامة المفروض المام لكافة بها قبيل المعلومات المحضور على القاضي أن يبني حكمه عليها[١٤٢].

حيث يبدو مما تقدم أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وفي تحصيل هذا الفهم من الاوراق والمستندات والتحقيقات في الدعوى ولمحكمة النقض أن تراقب هذا الفهم وفيما اذا كان القاضي قد اخذ بقواعد الاثبات والسير في تحقيق الادلة على الوجة المبين في القانون [١٤٣].

ولكن توجد عدة قيود على حرية القاضي في الاثبات فليس لقاضي الموضوع راي حر في كون الواقعة هي مما يحرم القانون إثباتها ام لا، او كونها في حكم الثابت الذي لاحاجة لإثباتها وليس له ان يحدد من يقع عليه عبء الاثبات ومن يكون له النفي ، ولا في تكليف أحدهما بالاثبات او النفي ولا في تجزئة عبء الاثبات بل هو في كل ذلك مقيد بالقانون وخاضع للرقابة وليس له أن يحصل فهم الواقع الابالدليل الذي يجوز له الاستدلال به على الوجه المبين في القانون[١٤٤] فإذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في الاقتناع وفي تقدير الادلة الا أن تلك السلطة ليست مطلقة من كل قيد بل ترد عليها قيود وضوابط حيث يجب أن يكون أستخلاص المحكمة لحكمها سائغاً وفقاً لظروف الواقعة وأن يصدر حكمها بناء على تمحيص الادلة ودراستها بشكل دقيق دراسة منطقية بطريقة الاستنتاج والاستقراء وأن يكون متفقاً مع العقل والمنطق[١٤٥]. وعليه يجب على القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه أن يتقيد بحدود قواعد الاثبات ومراعاة القواعد الخاصة بالاثبات واجراءاتها ففي مجال المعاينة لايجوز للقاضي أن يبني حكمه على معلومات حصل عليها من معاينة تمت بطريق غير رسمي والا تعرض الحكم للطعن[١٤٦].

وعليه يجب على القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه أن يتقيد بحدود قواعد الاثبات وفي حدود القيمة التي أعطاها القانون لكل دليل وأن يمكن الخصم من تقديم دليله وأبداء دفاعهويمكن الخصوم من مناقشة مايطرح في الدعوى من أدلة فإذا أخل القاضي بالقواعد أعلاه ولم يمكن الخصم من تقديم جميع ما لديه من أدلة او لم يعطي للطرف الاخر

الحق بالرد فإن ذلك يؤدي الى تكييف الدعوى تكييفاً خاطئاً لان جانباً من الحقيقة لم يظهر في الدعوى .

المطلب الثاني/ الخطأ في مسائل القانون

يوجد للقانون معنين أحدهما عام او واسع والاخر خاص او ضيق اما مفهوم القانون بمعناه العام فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع وتتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة [١٤٧] اما المعنى الخاص للقانون يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية في دولة ما لتنظيم أمر معين ، فيقال بهذا المعنى قانون الاستملاك و قانون المرور وقانون ضريبة الدخل وهكذا القانون بهذا المعنى يرادف التشريع وهو القانون المدون الذي تضعه السلطة التشريعية [١٤٨].

وبما ان المشرع العراقي لم يحدد المقصود بالقانون في قانون المرافعات وانما حدده في المادة الاولى من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (١- تسري النصوص على جميع المسائل التي تتناولهاهذه النصوص في لفظها او فحواها ٢ - فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة)[١٤٩] من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع العراقي حدد مصادر القانون بالنصوص التشريعية فإذا لم يوجد نص يطبق القاضي مبادئ الشريعة الاسلامية الاقرب لهذا القانون والا يطبق مبادئ العدالة وبما ان التكييف القانوني هو أعمال القاعدة القانونية واجبة التطبيق على وقائع النزاع فأن الخطأ في التكييف من جانب محكمة الموضوع في مسائل القانون أما خطأ في أعمال نصوص التشريع أو خطأ في أعمال نصوص القانون الاخرى. ومن ثم سوف نقسم هذا المطلب على النحو الاتي:

اولاً- الخطأ في أعمال نصوص التشريع.

ثانياً - الخطأ في أعمال مصادر القانون الاخرى.

اولاً- الخطأ في أعمال نصوص التشريع

اذا كان الخصوم أحراراً في تقديم الوقائع التي يريدونها فإن تطبيق القانون يقع على عاتق القاضي حيث تسود في النظام القضائي قاعدة أن المحكمة تعلم القانون وهي ملزمة بتطبيقه حتى ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك ولايجوز لها الامتناع عن ذلك بحجة غموض النص او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعاًعن احقاق الحق ، حيث يعد القاضي

خبيراً في مجال القانون ولا ينتظر أن يقوم الخصوم او وكلائهم بأضفاء الاوصاف القانونية على طلباتهم او أن يحددوا القاعدة القانونية الاكثر أنطباقاً على وقائع النزاع [١٥٠].

إن وجود القاعدة القانونية حقيقة علمية موضوعية ثابتة بذاتها يفترضعلم الكافة بها فمن باب اولى علم القاضي بها الذي يعتبر اداة الدولة واضعة القانون لتطبيق القانون [١٥١].

وتتكون القاعدة القانونية من عنصرين هما الفرض اي الواقعة والحكم اي حكم القانون على تلك الواقعة فالفرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً اما الحكم فهو الاثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض او الواقعة فالفرض يمثل وقائع النزاع والحكم هو النص الذي ينهي النزاع اما القاعدة القانونية فهيالصلة الوثيقة بين الفرض والحكم مثال ما تضمنته المادة ٢٠٤ مدني من أن كل تعد يصيب الغير باي ضرر يستوجب التعويض. ولما كان القانون يتكون من مجموعة من القواعد فان القاعدة هي المفردة وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها ، وتعرف القاعدة القانونية بانها قاعدة سلوك أجتماعية عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الاشخاص فيالمجتمع[١٥٢] والقاعدة القانونية لا تستكمل مقوماتها الا اذا كانت مجردة ومعنى التجريد أن الفرض الذي ينصرف اليه الحكم لا يتعلق بأشخاص او بوقائع بذاتها وإنما يتعين الشخص او الاشخاص والوقائع بالأوصاف او الشروط حتى يتهيأ للقاعدة عموم التطبيق بمعنى أن الحكم ينصرف الى كل الاشخاص او الوقائع متى ماتتحقق فيهم الوصف المذكور في الفرض مثل القاعدة السابقة التي تقرر كل من سبب خطأ للغير يلزم بالتعويض فهنا نجد أن الحكم القانوني وهو الزام المخطئ بالتعويض لاينصرف الى شخص او أشخاص بذواتهم وإنما يطبق تطبيقاً عاماً الى كل من يرتكب خطأً يصيب الغير بالضرر[١٥٣].

واذا كانت النصوص القانونية غامضة وبحاجة الى تفسير فيقع عبء التفسير على القاضي وليس الخصوموإذا حاول الخصوم إرشاد القاضي الى النص القانوني الذي ينطبق على النزاع فهذ الايعد إثباتاً وإنمامحاولة كل خصم لحمل القاضي على فهم الواقع مع مصلحته في حين يتولى القاضي تفسير القانون من تلقاء نفسه دون حاجة الى إرشاد.[١٥٤] والقاضي مطالب دائماً بتطبيق القانون وان لايخل بالنص وأن لايعمل على تفسيره تفسيراً بعيداً عن الحقيقة وأن لايجعل له غرضاً غير الغرض الذي وضع له[١٥٥].

وتحصل مخالفة القانون من قبل محكمة الموضوع عندما تنكر المحكمة وجود قاعدة قانونية او عندما تطبق قاعدة وهمية ويحدث الخطأ في التطبيق عند الاعمال الخاطئ للقاعدة

القانونية بتطبيقها على واقعة لاتوجد بينهما صلة او تطبيقها على الوجه الصحيح لكن مع استخلاص نتائج قانونية غير مقبولة [١٥٦].

ولم يورد اي من المشرع المصري والعراقي نصاً يعطي فيه القاضي السلطة في تطبيق نصوص القانون على

وقائع النزاع المقدمة من الخصوم، على خلاف المشرع الفرنسي حيث أفرد المشرع الفرنسي نصاً كاملاً لمسائل القانون ضمنه المادتان ١٢ ،١٣ من قانون المرافعات وترتكز المادة ١٢ على مبدأ ان تطبيق القانون مهمة القاضي ولاتتوقف على طلب الخصوم اما المادة ١٣ فنصت على القاضي دعوة الخصوم لتقديم الايضاحات حول النقاط القانونية التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع حيث يشير هذا النص الى فكرة القضاء البناء الذي يستند على مبدأ التعاون بين القاضي واطراف النزاع [١٥٧]. وقد الزم المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون الاثبات باتباع التفسير المتطور حيث نصت على (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقهِ). ويعد هذا المبدأ من أحدث المبادئ وتبدو أهمية هذا المبدأ في الحالات التي يتوسع فيها القاضي في الفصل في النزاع سواء وجد نص أم لم يجد وسواء أكان النص غامضاً ام واضحاً[١٥٨].اذ أن القاضي ملزم بالحكم ولايجوز له الامتناع عن الحكم أستناداً لنص المادة ٣٠ من قانون المرافعات والا عد القاضي ممتنعاً عن أحقاق الحق.

والنصوص القانونية حتى لو كملت صياغتها مع ذلك تبقى عامة وأن تطبيقها على دعوى معينة يعد عملاً من الاعمال التفسيرية للقاضي حيث يجب على القاضي أن يقوم بالتفسير من أجل أن تصبح النصوص القانونية صالحة للتطبيق على الدوام وقد أوجب المشرع على القاضي أن يقوم بالتفسير المتطور وأن يراعي الحكمة من التشريع [١٥٩] والحكمة من التشريع هي الغرض الذي يهدف القانون الى تحقيقة اذ أن لكل نص قانوني هدفاً يسعى لتحقيقه ويجب لفهم النص القانوني أدراك الحكمة من التشريع ذلك ، لان الحكمة من التشريع هي مناط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة والحكمة من النص القانوني تشير الى المصلحة التي أراد المشرع حمايتها [١٦٠] وقد عّرف القضاء المصري والفرنسي التفسير المتطور منذ زمن بعيد دون ان يسعفهم المشرع في ذلك ولعل من أشهر القائلين بهذه الفكرة هو الفقيه سالي الذي لخص مذهبه في قوله(الى ما وراء القانون المدني ولكن عن طريق القانون المدني) اي يقصد بذلك أن التفسير يكون من خلال

النصوص لكن دون أن تكون قيداً على ارادة المفسر بل عليه أن يتخطاها إذا آقتضت الحاجة مواكبة التطورات التي تحصل في المجتمع .[١٦١]

ومن أمثلة التفسير المتطور في القضاء العراقي ماجاء في قرار محكمة التمييز (أن تفسير النص القانوني يكون على ضوء الحكمة من التشريع عند تطبيقه عملاً بأحكام (المادة ٣) من قانون الاثبات ، فلا يجوز الجمود في تفسير النص اذ من واجب القضاء هو الخضوع الواعي للقانون وتطبيق ارادة المشرع ومقصده من القانون دون التقيد الحر في للنصوص)[١٦٢].

وكذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز/ الهيئة المدنية الاولى/ (ولما كان المميز قد تخلف عن القيام بالوفاء بالتزاماته المحددة بالعقد وبالشروط الواردة فيه مستخدماً سيارته لحساب الغير الامر الذي أصبح ملزماً بالتعويض حسب المسؤولية العقدية لان العقد اداري مبرم مع أحدى مؤسسات القطاع الاشتراكي وهي مؤسسة النقل البري فالضرر مفترض فيه، وحيث أن الحد الاعلى للتعويض كما ورد بالفقرة ثانياً من العقد هو الف دينار فليس للمميز عليه مطالبته بما يزيد على ذلك)[١٦٣].

وكذلك ما جاء في القانون المدني المصري القديم الذي كان ينص (اذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مطروحاً في العقد أو في القانون فلايجوز الحكم بأقل منه ولا أكثر) الا أن القضاء المصري أجاز تخفيض التعويض المتفق عليه أذا كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ولا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن على الرغم من صراحة النص أعلاه وذلك لاعتبارات العدالة ومرجحاً اياها على اعتبارات النص، وماورد في القضاء الفرنسي الذي أقر بمبدأ نسبية الحقوق وقيدها بواجب عدم التعسف في أستعمال الحق وأعتبر من يتعسف في أستعمال حقه كمن يرتكب عملاً غير مشروع ويكون مسؤول عن الاضرار التي تصيب الغير جراء ذلك التعسف[١٦٤].

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا وجوب إحاطة القاضي بالقانون بشكل دقيق حيث يلزم بحسم النزاع وفقاً للقانون وهذا يلزم معرفته به معرفة كاملة حيث لايستطيع أن يصل الى الحق الا من خلال معرفته بالقانون ولكن الى اي حد يطلب من القاضي أن يصل بهذه المعرفة ، يرى البعض أن لا يطلب المرء من القاضي أن يكون على معرفة كاملة بالحق فهذا فوق قدرته لكن المطلوب هو أن تكون له معرفة بالقدر اللازم لممارسة مهنته وهي ما تسمح له بمعرفة القانون موضع النزاع[١٦٥].

ثانياً– الخطأ في اعمال قواعد القانون الاخرى

ينص المشرع العراقي في المادة ١ من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة) وهو ما اكده كل من المشرع المصري والفرنسي في احكامها[١٦٦].

وهكذا يتضح عند فقدان النص فأن المحكمة تسترشد بالعرف أو بمبادئ الشريعة الاسلامية أو بقواعد العدالة

حيث لايجوز للمحكمة الامتناع عن أصدار حكم بحجة غموض النص او فقدانه اونقصه وهذا ما يتعلقبطبيعة العملية القضائية التي توجب على القاضي أن يصدر حكماً في النزاع المعروض عليه في جميع الاحوال وأن لا يتذرع بفقدان النص التشريعي او غموضه[١٦٧]، وقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول نص المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي التي تنص على (أن القاضي الذي يرفض الحكم بحجةسكوت او غموض او نقص التشريع ، يمكن مقاضاته بسبب أنكاره العدالة) حيث يرى البعض أن نص المادة أعلاه التي تلزم القاضي بالحكم في جميع الاحوال تعد بمثابة دعوة من المشرع الى القاضي لتكميل التشريع [١٦٨] الا أن هذا الراي قد انتقد من قبل جانب آخر من الفقهاء على اعتبار أن ما يصدر من القاضي من أحكام ليس لها أساسٌ من التشريع او العرف لا يصل الى مرتبة التشريع لان الاحكام التي تصدر من القاضي ليس لها خاصية العمومية والتجريد التي تتمتع بها القاعدة القانونية كذلك فإن الحكم الذي يصدر من القاضي يقتصر على أطراف النزاع على خلاف القانون الذي يصدره المشرع حيث يرتب اثره على الكافة [١٦٩].

ويرى فريق آخر أن نص المادة الرابعة لاتجعل القاضي ملتزماً بأي التزام صريح بوضع قواعد قانونية أنما تمنح له إمكانية اللجوء الى مصادر قانونية أخرى (مبادئ عامة ، مذاهب، قواعد دولية او اجنبية) إن هذه القواعد المرجعية كما يطلق عليها برونو أوبتيت يمكن أن تسمح للقاضي بالحكم دون القيام باعمال (أجتهادية) اي أنها تسمح للقاضي للوصول الى العدالة دون أن تلزمة باصدار قانون[١٧٠] .

ومن خلال نص المادة الاولى الفقرة الثانية نستطيع أن نقف على المصادر الرسمية الاخرى للقانون لان التشريع وهو المصدر الرسمي والعام للقانون لايحيط بكل وقائع الحياة وهو ما ذهب اليه ايضاً الفقه الفرنسي الذي يرى قصور التشريع عن الاحاطة بكل الجزئيات

والحالات التي تظهر في المجتمع لان التشريع مهما بدا كاملاً فإنه متى ما نشر يواجه القاضي العديد من المسائل الغير متوقعة والتي لم توضع لها معالجة من قبل المشرع فالتشريعات ثابته لاتتغير أما الانسان فهو عرضه للتغير الدائم(١٧١).

واما بالنسبة الى المصادر الرسمية الاخرى للقانون غير التشريع التي نصت عليها المادة (١/ ف٢) من القانون المدني العراقي ومن خلال النص أعلاه يتضح لنا أن العرف يأتي بعد التشريع من حيث المرتبة ويجب على القاضي الرجوع اليه عند فقدان النص القانوني.

ويعرف العرف بأنه (أعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ عنه قاعدة بضرورة الالتزام بها)(١٧٢). والعرف بأعتباره أحد مصادر القانون لايطالب الخصوم بأثباته بل يفترض علم القاضي به ويرجع اليه لأكمال النقص في التشريع حيث أستقر في الفقه الحديث أن قواعد العرف ملزمة واذا أستلزم القانون من القاضي الرجوع اليها عليه أن يتحقق من وجودها ثم يطبقها على أساس علمه بها كأي قاعدة قانونية (١٧٣).

في بعض الاحيان لصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية فإن الخصوم يعمدون الى معاونة القاضي في التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه ويحدث ذلك في حالة العرف المهني والتجاري ويقصد بالعرف المهني (هو مايقوم في حرفة او مهنة معينة بالاعراف التي تنشأ في أوساط العمل والاعراف التجارية والزراعية ، ومن الامثلة على العرف التجاري العرف القاضي بجواز تقاضي الفائدة المركبة وأحتساب الفوائد من تاريخ الخصم وغيرها)

وذلك من خلال الالتجاء الى أهل الاختصاص في تلك المهنة او الحرفة ومع ذلك يبقى القاضي هو المرجع الاساس في التحقق من وجوده وتفسيره ولا يخضع الا لرقابة محكمة النقض(١٧٤). واذا طبق القاضي العرف وهو على دراية به ولو لم يبين الطريقة التي علمها به ولو دون طلب من الخصوم فأنه في هذه الحالة لايحل محل الأفراد ولايكون دوره كدور الشاهد وإنما تعتبر معرفتهُ من ضمن مهامه القضائية في تطبيق القانون مكتوباً ام غير مكتوب اما في حالة كانت القاعدة العرفية لم ترسخ بعد فأن من مصلحة الخصوم إعانة القاضي في اثباتها لأنه اذا لم يعلم به قضى بعدم وجوده ، أما أذا كان القاضي يجهل العرف وطلب من الخصم الذي يتمسك به أنه يثبته فليس من شأن أن يجعل العرف بمنزلة الواقعة التي تحتاج الى اثبات(١٧٥)ومن ثَم فإن العرف يأتي بعد التشريع ويجب على القاضي اللجوء اليه عند افتقاد النص وهو مأأكده المشرع العراقي والتشريعات المقارنة.

وتُفرّق محكمة النقض المصرية بين حالة قيام العرف وتطبيقه وتذهب الى أن حالة قيام العرف مسالة واقع يكلف الخصوم باثباته ولايخضع قاضي الموضوع في شأنه للرقابة اما تطبيق العرف فتعدها مسألة قانون يخضع في شأنه لرقابة محكمة النقض[١٧٦]. وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية (أن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة من أمور الموضوع التي لاتخضع لرقابة محكمة النقض الا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده . وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه وأذا ثبت من الاوراق أن الطاعن لم يدعي قيام العرف أمام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النقض فإن النعي على الحكم بمخالفته العرف يكون في غير محله)[١٧٧].

اما مسلك محكمة النقض الفرنسية فالواضح أنها تجري على ترك التثبت من العرف والعادة لسلطة قاضي الموضوع وعن الامتناع من التدخل فيما يكون قد أخذ به القاضي من وجوه لتفسير المشارطات بمقتضى العرف والعادة والاكتفاء برقابة تطبيق العرف والعادة في الاحوال التي يجب الاخذ بهما قانوناً[١٧٨].

اما المصدر الاخر للقاضي الذي يسترشد به عند فقدان النص فهو مبادئ الشريعة الاسلامية وهي(مجموعة الاحكام التي سنها الله للناس على لسان رسوله محمد (صلى الله عليه وسلم)[١٧٩] ومبادئ الشريعة الاسلامية هي الاصول الكلية الت يتتفرع منها المسائل التفصيلة وهي لاخلاف فيها بين المذاهب ومن هذه المبادئ أن كل فعل ضار موجب للمسؤولية على الفاعل وهذا المبدأ قد تضمنه الحديث الشريف لاضرر ولاضرار وكذلك مبدأ حسن النية في المعاملات ولا بد من التفرقة بين الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية فالفقه هو الاجتهاد من أجل التوصل لاستنباط الاحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية وهو الجانب العملي من الشريعة وقد نشأ تدريجيا منذ عهد الصحابة نتيجة حاجة الناس الى معرفة احكام الوقائع الجديدة[١٨٠].

وتعد أحكام الفقه الاسلامي من المصادر الرئيسية التي اخذ منها القانون المدني العديد من أحكامة كما ينبغي أن لا نتجاهل النقاط المشتركة بين الفقه الاسلامي والعديد من التشريعات المدنية المعاصرة لان بعض الاحكام سواء كانت قانونية ام وضعية ام فقهية كالوصاية او القوامة او الولاية فإنها سواء على صعيد الفقه الاسلامي ام القانون الوضعي تقوم على مبدأ المحافظة على أموال عديمي الاهلية وناقصيها من الضياع[١٨١].

وقد حدد المشرع قواعد الشريعة التي تعتبر مصدراً رسمياً بالمبادئ الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين وكان الغرض من وراء ذلك الرغبة في تنسيق الاحكام لانه قد تتعارض بعض الاحكام مع بعض كذلك أن عدم تقيدها بمذهب معين يؤكد بأن المبادئ العامة وهي التي يحيل اليها النص ليست محل خلاف بين مذاهب المسلمين[١٨٢].

وتاتي أحكام الشريعة في التشريعين العراقي والمصري في المرتبة الثانية بعد العرف يلجأ اليها القاضي لسد النقص في القانون بعد التشريع والعرف وقد قيد المشرع بالاحكام الملائمة ومن ثم يجب على القاضي أن يتقيد بهذا القيد وأن يلتزم الدقة عند أختيار الحكم من الشريعة حتى لايؤدي سوء الاختيار الى خطأ في تكييف الدعوى المدنية[١٨٣].

وقد أتجه القضاء في فرنسا الى التفرقة بين الطعن لمخالفة الحكم للشريعة الاسلامية في الاحوال التي يجب تطبيقها فيها وبين الاحوال التي يطعن فيها لخطأ في تأويل احكام قواعد هذه الشريعة فتقوم بنقض الحكم وأحالة الدعوى الى محكمة الموضوع في الحالة الاولى للفصل فيها من جديد وعلى رفض الطعن في الحالة الثانية الا اذا اثبت الطاعن بما لايفيد الشك أن ما أخذ به الحكم من قواعد الشريعة لم يكون هو الارجح بين الاراء الائمة المجتهدين [١٨٤] ومن ثم يجب على القاضي عند اللجوء الى أحكام الشريعة الاسلامية أن يختار منها ما يتلائم مع الوقائع المعروضة عليها ومن ثم تجنب أعطاء الواقعة حكم لاينطبق عليها مما يؤدي الى التكييف الخاطئ.

أما قواعد العدالة فتعني(التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة على حدة وبالنسبة لكل شخص) [١٨٥].

وتعرف من الناحية القانونية بانها (تطبيق العدل في حالة خاصة وذلك بتطبيقه على واقعة معينة او حالة فردية يكون الحكم المستمد منه مطابق لظروفها الخاصة) [١٨٦].

ولما كان القانون يلزم القاضي في حل النزاع المعروض عليه حيث لايجوز له الامتناع بحجة غموض النص او فقده والا عد ممتنعا عن احقاق الحق ، لذلك يلجأ المشرع ان يضع امام القاضي وسيلة تمكنه من حل النزاع المعروض عليه في الحالات التي لاتسعفه فيها النصوص القانونية والمصادر الاخرى ، وان السماح للقاضي بالرجوع الى مبادئ العدالة تعطي القاضي سلطة واسعة في الاجتهاد والحكم [١٨٧].

وقد لاقت فكرة العدالة معارضة شديدة من قبل بعض الفقهاء الذين يرون ان دافع العدالة الذي يحتم على القاضي أنشاء قاعدة قانونية يقابله داعي الاستقرار الذي لايقل شأناً عنه في الاحكام القضائية حتى تتسم بالعمومية والتجريد ومن ثم يحضر على القاضي إنشاء قواعد قانونية مختلفة لقضايا متشابهة ، بالاضافة الى أن ما تنطوي عليه عبارة العدالة من الغموض والابهام وعدم التحديد تعطي للقاضي سلطة واسعة في البحث عن حكم خاص للواقعة المعروضة عليه بالاضافةأن مرونة هذا المعيار تؤدي الى أختلاف فهم القضاة لمدلوله الامر الذي يؤدي الى تعدد الحلول القضائية ربما بتعدد القضاة انفسهم [١٨٨].

واذا كانت هناك خشية من لجوء القاضي الى مبادئ العدالة فإن مرجع ذلك الى الانطباعات التي تقوم لدى القاضي مما يثيره الخصوم من دفاع يلقي ظلاله على حكمهُ ، ومن النادر أن يصرح القضاة بلجوئهم الى قواعد العدالة ففي الغالب يستنتج ذلك من بين السطور[١٨٩] ويجب على القاضي أن يلجأ الى قواعد العدالة ليصدر حكمهُ بموجبها متى أفتقد الى النص التشريعي، وهكذا الزم كل من المشرع العراقي والمقارن القاضي باللجوء الى قواعد العدالة حيث يجب على القاضي أن يحكم طبقاً لها في حالة عدم وجود نص وعلى القاضي أن يبنى اجتهاده على اعتبارات موضوعية وليس على أعتقاده الخاص فلا يجوز أن يؤسس حكمه على عقيدته وافكاره والا اصبح القاضي مشرعاً وهو لايجوز وكذلك أن خروج القاضي في حكمه عن مبادئ العدالة بالاضافة الى حريته في فهم هذا المعيار قد تقوده احيانا الى الفهم الخاطئ الامر الذي ينعكس على تكييف الدعوى تكييفاً صحيحاً. ومن ثَّم فإن اللجوء الى قواعد العدالة ليس بالامر اليسير حيث يجب على القاضي أن يتاكد من خلو القانون من نص يحكم النزاع المعروض عليه وأن لايجد حلاً للنزاع في العرف وقواعد الشريعة ويجب عليه عند الحكم بقواعد العدالة توخي الدقة حتى لايخطيء في اختيار الحل الذي ينطبق على الواقعة المعروضة عليه ثم يؤدي الى خطأ في تكييف الدعوى المدنية. وبعد هذا العرض الوجيز للمصادر الاخرى للقانون نجد أنها تترك حرية واسعة للقاضي في اختيار الملائم ومن ثم يجب على القاضي أن عندما يكييف الدعوى أن يختار ما يتلائم معها حتى لا يؤدي الى تكييف الدعوى تكييفاً خاطئاً مما يعرض الحكم للطعن .

ولابد من الاشارة الى أنه يشترط للعمل بالمصادر السابقة للقانون غير النص التشريعي هو ان يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع خالياً من نص تشريعي يعالج النزاع المعروض أمامه سواء أكان متعلقاً بالجوانب الشكلية اما لموضوعية وسواء أكان فقدان النص[١٩٠] على مستوى قانون المرافعات ام الاثبات أم اي اجراء من اجراءت الاثبات وثانياً أن يتم اللجوء الى هذه المصادر حسب الترتيب المنصوص عليه في القانون المدني وهو أن يتم اللجوء أولاً الى العرف ثم مبادئ الشريعة الاسلامية ثم قواعد العدالة[١٩١] .

الخاتمة

بعد ان أنتهينا من دراسة أسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية توصلنا الى أن التكييف عمل ملزم للقاضي من أجل وضع حل للنزاع المعروض أمامه ولايجوز للخصوم القيام به ولو تحت رقابة القاضي وأتضح لنا أن التكييف لايمكن الا من خلال عرض الوقائع من قبل الخصوم وإثباتها وأن هناك شروط يلزم توافرها في الواقعة حتى تصلح للاثبات وهناك طرق وآجراءات يجب على الخصوم اتباعها لاثبات الوقائع التي تدعم طلباتهم ومن ثم يحدث التكييف الخاطئ بسبب الخصوم نتيجة عدم التقييد بهذه الشروط والاجراءات.

وكذلك يتبين لنا من خلال ما تقدم أن المحكمة لاتستطيع أن تكييف الوقائع الا بعد فهمها وتحديد عناصرها والادلة اللازمة لاثباتها ويجب عليها الالتزام بما حدده القانون لذلك من اجراءات وشروط لاثبات هذه الوقائع أمامها وبالمقابل نلاحظ ان المشرع قد أعطى المحكمة سلطة واسعة في التحري من اجل الوصول للحكم العادل وفي نفس الوقت الزم القاضي بالحكم في القضية وأن لايتذرع بفقدان النص او نقصه أو غموضه ووضع المشرع الى جانب التشريع مصادر أخرى الزم القاضي في الرجوع اليها عند عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض أمامه من أجل أن يفصل في النزاع .

وهكذا يتضح لنا أن للخصوم دور في التكييف يتحدد بتقديم الوقائع واثباتها أما إنزال التكييف القانوني على هذه الوقائع فمن سلطة المحكمة وحدها وتوصلنا من خلال هذه الدراسة الى جملة من التوصيات سنلخصها في النقاط التالية:

١ – يجب أن يورد المشرع العراقي نصاً في قانون المرافعات المدنية يعطي من خلاله سلطة التكييف القانوني لمحكمة الموضوع وان يتضمن نصاً يفرق من خلاله بين الطبيعة

القانونية للواقعة وبين التكييف القانوني لها لان الطبيعة هو تأصيل الواقعة وتحديد طبيعتها القانونية ولا يجوز إطلاق التكييف على الطبيعة.

٢- يجب أن يتضمن قانون المرافعات ما يعرف بالنظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى المدنية حتى تكون معين للقاضي عند الفصل في الدعوى وتكييفها وذلك بالنظر لاهمية التكييف في نطاق قانون المرافعات حيث يشكل عصب العمل القضائي.

٣ – ولا بد من اعطاء سلطة للقاضي بمراقبة الخصوم عند تقديم الوقائع وإثباتها من أجل تجنب حالات التكييف الخاطئ التي تحدث بسبب الخصوم نتيجة اخفاء بعض الوقائع أو تحريفها أو بسبب عم مراعاة اجراءات الاثبات وتسمح بوضع حد لسلطة الخصوم والقاضي في تكييف الدعوى.

٤ – الاهتمام بالمستوى الثقافي والعلمي للقضاة وذلك من خلال زيادة الدورات الثقافية الخاصة بعلم المنطق والتفسير لاهميتها في اعداد القضاة لتجنب حالات التكييف الخاطئ فلابد للقاضي من أجل أن يكيف الواقعة أن يكون على مستوى رفيع من العلم والمعرفة والاحاطة بمختلف العلوم حتى يستطيع أن يعطي للواقعة تكييفها الصحيح.

هوامش البحث

(١) د. محمد محمود أبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٣٢٢.

(٢) أنظر د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٠،ص٥٧٢.

(٣) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي، الاثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون/ جامعة بابل ، العدد الاول ، ،٢٠٠٩،ص٤.

(٤)أنظر د. هشام علي صادق ، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، المحاماة،س٥٠،ابريل ١٩٧٠،ص٧٦وما بعدها أشار اليه : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، دون ناشر ، ١٩٩٩، ص٥١.

(٥) د. محمد نور عبد هادي شحاته،سلطة التكييف في القانون الاجرائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ،ص١٠٥.

(٦) محمد غانم يونس الامين ، الطعن تمييزاً في الاحكام المدنية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة بغداد ،٢٠٠٤ ، ص٥١.

(٧)عبد الباقي البكري ود. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية، بغداد،دون سنة نشر، ص٢٤٣. د. نبيل أبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ٢٠٠٠،ص٤٨.

(٨) د. أدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، الطبعة الاولى،الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد ،١٩٧٦،ص١٨٥.

(٩) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢،الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠١،ص١.

(١٠) د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير ، مصدر سابق،ص٢٤٥.

(١١) ، ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد ، ١٩٨٤، ص٤٦ . د. أدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق، ص١٩٨.

(١٢) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٣. جواد الرهيمي ، التكييف القانوني للدعوى الجنائية ،ط٢،المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٥،ص١٩٦ وما بعدها.

(١٣) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص٥.

(١٤) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٤٠.

(١٥) د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩، ص١٥٠.

(١٦) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢١.

(١٧) نقض مدني جلسة ١٥ /١٩٧٦/١٢- مجموعة المكتب الفني ،سنة٢٧، المجلد الثاني ، طعن رقم ٢٠،س٤٥ ،احوال شخصية ، اشار اليه:د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٥٦. جواد الرهيمي ، مصدر سابق ، ص٢٠٢.

(١٨) نقض مدني جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢، رقم ٧١٢٨، س٦٠ ق٧٨،ص ٤٦٩، متاح على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية-www.cc.gov.eg/courts/cassation-cour-All-cassation-court-All-cases.aspxt تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٣/٢٢، الوقت (٢:١٥م).

(١٩) حيث جاء في نص المادة ٦/٤٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل تشمل عريضة الدعوى (٦- وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها) ونصت المادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ ف٦ تشمل صحيفة الدعوى (٦- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها) وما نصت عليه المادة ٤ ف ١ من قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣لسنة ١٩٧٥.

ART(4)((L'Objet dulitige est de termine par les pretentions respectives des parties))

وانظر نص المادة ٣٠ من القانون نفسة

ART(30) ((L' action est Ledroit ,pourlauteur d'une pretention . deter entendu sur le fond de celle ci afin que le juge la dise bien ou mal fondeePour larder saire , L'action est le droit de discuter le bien fonde de cette pretention))

(٢٠) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص٧.

(٢١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٦٠/ الهيئة المدنية /٢٠١٦ الصادر في ٢٠١٦/٣/٢٨ قرار غير منشور.

(٢٢) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق، ص٨.

(٢٣) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٥٨.

(٢٤) د. أبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص،ج١، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٢٥٧.

(٢٥) د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، ج٢،دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٧ ، ص١٥.

(٢٦) د. أدم وهيب النداوي ، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى المدنية ، ط١، دار الرسالة ، بغداد ،١٩٧٩،ص٥٦.

(٢٧) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١،منشأة المعارف، الاسكندرية ،٢٠٠٤، ص٧٨٥.

(٢٨) د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص١٦.

(٢٩) نقض مدني ، جلسة ٢٠٠٨/٥/١٧، طعن رقم ١٨٩ س٦٠ ق ١٠٠،ص٦١٦ متاح على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية السابق ذكره التاريخ ٢٠١٨/٣/١٧، الوقت (١٨:١م).

(٣٠) أنظر نص المادة (٤) من قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥.

(L' objet du litige est determine Par Prete – ntions respectives des parties……)

(٣١) د. ادم وهيب النداوي ، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى ، مصدر سابق ، ص١٨٥. د. محمد علي خليل الطعاني ، سلطة القاضي في توجيه سير الخصومة المدنية (دراسة مقارنة)،ط١،دار المسيرة ، عمان ، ٢٠٠٠،ص٣٧.

(٣٢) د.ادم وهيب النداوي ، المصدر اعلاه ، ص١٨٨.

(٣٣) د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص ٢٠.

(٣٤) د.محمد علي خليل الطعاني ، مصدر سابق ، ص٣٨.

(٣٥) د. ابراهيم نجيب سعد ، مصدر سابق ،ص٥٦٤.

(٣٦) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، ط١،مكتبة السنهوري،بغداد، ٢٠١١، ص٢٥٥.

(٣٧) د. محمد علي خليل الطعاني ، مصدر سابق ، ص٣٩.

(٣٨)د. أدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

(٣٩) وهو ما اكدته محكمة النقض في المصرية حيث قضت(أذا كيفت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى المطروحة لديها تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها واعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب أعطاؤه لمثلها كأن أعتبرت التقصير في تنفيذ عقد المقايضة خطأ تقصيرياً كالاغتصاب يوجب التضمين على المقصر ومن يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمي فأن الحكم الذي تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه) طعن رقم ٦٢ جلسة ١١/ابريل/١٩٣٥، مجموعة القواعد القانونية،ج١،ص٦٦٧، أشار اليه أدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات، مصدر سابق ، هامش صفحة ٢٠٠.

(٤٠) د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات ، ط ٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦،ص٢٥٦.

(٤١) قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الاثبات ، رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة محمد خيضر – بسكرة،٢٠١٣ – ٢٠١٤، ص٢٤.

(٤٢) د. سمير عبد السيد تناغو ،أحكام الالتزام والاثبات، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٥ ، ص٦١.

(٤٣) أنظر نص المادة العاشرة من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤٤) د. أدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، ط٢ ، دون ناشر ، بغداد ، ١٩٨٦، ص٣٨. قروف موسى الزين ، مصدر سابق ، ص٢٥.

(٤٥) ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق، ص٤٧.

(٤٦) د. نبيل أبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص٥٧.

(٤٧) د. أحمد اشرف الدين ، أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ،طبعة نادي القضاة ،٢٠٠٤، ص٢٤.

(٤٨) د. عبد الحي حجازي ، الاثبات في المواد المدنية ، ط١، دون ناشر ، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٧٥.د. أدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص٢٣.

(٤٩) د.عصمت عبد المجيد ،شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص٦٢. سجى عمر شعبان، دور الخصوم في الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ،مصر ، ٢٠١٢، ، ص١٨٢ . د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات، مصدر سابق،ص٦٢، د. أدم وهيب شرح قانون الاثبات، مصدر سابق،ص٤٠.

(٥٠) د.ادم وهيب النداوي ، المصدر أعلاه ، ص ٤٣.

(٥١) د. أدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص٤٣.

(٥٢) د.نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ،ص٥٨. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الاثبات،مصدر سابق ،ص٦٣.

(٥٣) ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص٤٧. سجى عمر شعبان ال عمرو، مصدر سابق، ص١٨٣. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات، مصدر سابق، ص٦٤.

(٥٤) د.ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات، ص٤٤ . قروف موسى الزين ، مصدر سابق، ص٢٦.

(٥٥) د.نبيل أبراهيم سعد، مصدر سابق ،ص٥٩.

(٥٦) تقابلها المادة ٢ من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تقابلهما المادتان ٢٥٣/ف٢ والمادة ٢٥٤ مرافعات فرنسي .

(٥٧) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق، ص٢٦٧.سجى عمر شعبان ال عمروا، مصدر سابق، ص١٨٤.

(٥٨) د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص٤٣.

(٥٩) د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات المدني ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،٢٠١١، ص٥٧.

(٦٠) د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق، ص ٦٣، عباس العبودي ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق، ص٥٨. سجى عمر شعبان ال عمرو، مصدر سابق،ص١٨٤. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق،ص٦٥.

(٦١) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٧١ . سجى عمر شعبان ال عمروا ، مصدر سابق،ص١٨٣.

(٦٢) نقض مدني ، جلسة ١٩٧٥/٢/١٢، طعن رقم ١٣٠ السنة ٢٦،س ٣٩،ق٠ متاح على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض السابق ذكره ، تاريخ الزيارة /٢٠١٨/٤/٢١ الوقت (٧:٧م).

(٦٣) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٨٣.د.ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص٤٨.

(٦٤) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٧١.

(٦٥) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٨٢.د. أدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص ٤٦. قروف موسى الزين، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٦٦) سجى عمر شعبان ، مصدر سابق، ص ٢٨. د. ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

(٦٧) د.عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص ٦٣.د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات، مصدر سابق، ص٦٦.

(٦٨) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق، ص٢٧٢.

(٦٩) د. نبيل أأبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص.٦٢

٧٠) حيث أن نسبة الفوائد يجب أن لا تزيد عن ٧% بالنسبة للفوائد الاتفاقية أما بالنسبة للفوائد القانونية تكون كقاعدة عامة ٤% أذا كان دين مدني و٥% أذا كان دين تجاري ، أنظر د.عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق، ص٦٣، د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق،ص٢٧٤.

(٧١) د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق، ص٦٩. سجى عمر شعبان ، مصدر سابق ، ص١٨٦.

(٧٢) د.أحمد محمد نبراس ، شرح قانون الاثبات ،ط١، بدون ناشر، بغداد ،٢٠١٨،ص٢٠٦٤. د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق،ص٢٧٥. د.عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق،ص٢٠.

(٧٣) فقد عرف المشرع العراقي الحيازة في المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي (١- الحيازة وضع مادي به يسيطر شخص بنفسة أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل

فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق) ولمزيد من التفاصيل أنظر د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ،ص٢٧٥.

(٧٤) انظر نص المادة ١٠من قانون الاثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والمادة ٢ من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ حيث جاء فيها (يجب أن تكون الوقائع المراد أثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها).

(٧٥) انظر نص المادتان(٢٥٣/٢، ٢٥٤) مرافعات فرنسي ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥والتي تضمنت Art253/2 ;(la re'daethion du proce's- verbal peut toutefois etre suppl'e'ee par une mention dans le judgment si l'affaire est imm'ediatement jug'ee en dernier ressot).

Art254(lorsque les contaattions ont e'te' prescrites au cours du de'libere le juge .ala suite de la mesure,ordonne la re' ouverture des de،bates si l'une des partes le demande ou sil l'estim necessaire).

(٧٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ،مصدر سابق ، ص١٠. فرج محمد علي ،عبء الاثبات ونقله، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤،ص٩.

(٧٧) د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والاثبات ،مصدر سابق ، ص٣.

(٧٨) د. احمد شرف الدين ، مصدر سابق ، ص ٩.

(٧٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، ص١٢.

(٨٠) د.عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات المدني ،الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١١،ص٣٠. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق، ص٤٥.

(٨١) أحمد حبيب السماك، قرينة البراءة ونتائجها، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد السابع والستون، سنة١٩٩٧ص ٢٧٢ أشار اليه: مستاري عادل ، مصدر سابق ، ص٢١.

(٨٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص٢٢.

(٨٣) تقابلها المادة الاولى من قانون الاثبات المصري التي تنص على أن(على الدائن أثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه) تقابلها المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل.

(٨٤) د. نبيل أبراهيم سعد ،مصدر سابق ،ص ٣٦. سجى عمر شعبان ، مصدر سابق، ص٥١.

(٨٥) د. رمضان أبو السعود ، أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥،ص ٣٤٧.

(٨٦) فرج محمد علي ، مصدر سابق،ص١٦.

(٨٧) د.عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص٦٣.

(٨٨) أنظر د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ،ط٤،منشورات وزارة التعليم العالي ،بغداد ،٢٠١٤،ص٢١٨.

(٨٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ،ج٢، مصدر سابق ، ص٣٠ . د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الاثبات، مصدر سابق،ص٢٤.

(٩٠) للمزيد أنظر د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق،ص٢٨.

(٩١) عمار محسن كزار الزرفي ،التعارض بين أدلة الاثبات في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)،أطروحة دكتوراه ، كلية القانون/ جامعة كربلاء ،٢٠١٥،ص٩٦.

(٩٢) أنظر المادة(٣/١٩) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ تقابلها المادة(٩٧) من دستور جمهورية مصر النافذ لعام ٢٠١٤

(٩٣) تقابلها المادة (١٠٢) من قانون المرافعات المصري المعدل.

(٩٤) د. منصور حاتم محسن ،د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص٧.

(٩٥) الافتراض القانوني يعتبر من طرق الصياغة التشريعية الغاية منه تيسير تطبيق بعض الاحكام فيلجأ اليه المشرع عندما يعوزه السند المنطقي لتبرير بعض الحالات القانونية القائمة .نقلاً عن: د. محمود عبدالرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص٩٥ ومابعدها .أشار اليه:د. ياسر باسم ذنون وجوتيار عبدالله أحمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كليه القانون / جامعة الموصل، المجلد ١٢ ،العدد ٤٥ ،لسنة ٢٠١٠ ،ص١٧.

(٩٦) د. ياسر باسم ذنون وجوتيار عبد الله احمد ،المصدر أعلاه ،ص ٩، د. مصطفى أبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ،ص٩٨

(٩٧) نقلاً عن أيناس مكي عبد النصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة مقدمة الى كلية القانون / جامعة كربلاء، ٢٠١٧،ص٤٤.

(٩٨) تقابلها المادة ٢/١٠ من قانون المرفعات المدنية والتجارية المصري المعدل، تقابلهما المادة ٦٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي النافذ.

(٩٩) د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق ، ص ٩٠حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (لان كان مقتضى أعتبار التزام الطبيب التزاما عناية وخاصة ان المريض اذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فان عبء اثبات ذلك يقع على المريض، الا انه اذا اثبت هذا المريض واقعة ترجح اهمال الطبيب كما اذا اثبت ان الترقيع الذي أجراه له طبيب التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي

لعملية التجميل وفقا للاصول الطبيعية المستقرة فان المريض بذلك يكون قد اقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ المريض لالتزامه فينتقل عبء الاثبات بمقتضاها الى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت أجراء الترقيع والتي من شأنها رفع وصف الاهمال عنه) منشور في :د.عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص٧٠.

(١٠٠)أنظر في تفصيل ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية (أن عقد الايجار أنتهت مدته وان المؤجر قد أعلن عن رغبته بعدم تجديد عقد الايجار وراعى بأنذاره الموجه للمدعي عليه بواسطة كاتب عدل البياع بعدد ٢١٧٧ في ٢٠٠٣/٧/٥ المدة المنصوص عليها في المادة ٧٤١ من القانون المدني وإن المدعي عليه عجز عن أثبات دفعه بكون عقد الايجار قد تمدد بين الطرفين لاستلام المدعي بدل ايجار المحل موضوع الدعوى ورفض تحليف المدعي اليمين الممنوحة من قبل المحكمة بالصيغة المقررة في محضر الجلسة المؤرخة في ٢٠٠٤/١/١٦ لذا يكون قد خسر ماتوجهت به اليمين عليه قرر تصديق الحكم المميز) قرار محكمة التمييز رقم ١١٨/ عقار /٢٠٠٤الصادرفي ٢٠٠٤/١/١٦،مجلة القضاء، نقابة المحامين،العدد ٢ لسنة ٢٠٠٥ ،ص١٩٤ أشار اليه: حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي للقاضي في المواد المدنية وقانون الاثبات ، مجلة التقني، تصدر عن هيأة التعليم التقني، المجلد السادس والعشرون ، العدد السادس،٢٠١٣،ص٩٧.

(١٠١) د.ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص ١٩٩.

(١٠٢) لقد حدد المشرع العراقي في قانون الاثبات أدلة الاثبات وهي (الدليل الكتابي ، والاقرار ، الاستجواب ،الشهادة ، القرينة، اليمين ،المعاينة ،الخبرة) أنظر المواد (١٨ – ١٤٦) من قانون الاثبات العراقي تقابلها المواد (١٠– ١٦٠)من قانون الاثبات المصري.

(١٠٣) انظر

Pr.Ander akam .les hommes on tune foi ardenet dans lexistence de la justice.paris.1951p12

(١٠٤) د. نبيل أبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٢١.

(١٠٥) د.ياسر باسم ذنون ، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والادلة في الدعوى المدنية ، الرافدين للحقوق ،تصدر عن كلية القانون / جامعة الموصل ، مجلد(٩/ السنة الثانية عشرة،)، عدد٣٣ ، سنة ٢٠١٤ ، ص ١٠٨.

(١٠٦) جواد الرهيمي ، مصدر سابق ، ص١٦٥.

(١٠٧) نقض مصري ١٩٧٧/١١/١٦ السنة ٢٨ ص ١٦٩٣ منشور في :د.هشام الطويل ، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الاحوال الشخصية ،منشاة المعارف، الاسكندرية ،١٩٨٧، ص١٢٣.

(١٠٨) د. أدم هيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات، مصدر سابق، ص٢١٣.

(١٠٩) د. أحمد أشرف الدين ، مصدر سابق ،ص ٩.

(١١٠) د. ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص ١١٥.

(١١١) حسين رجب محمد مخلف، مصدر سابق، ص٨٩، قروف موسى الزين، مصدر سابق، ص٤٥.

(١١٢) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٩٨.

(١١٣) شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بأبن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ،ج١،ط١، ص٩٤.

(١١٤) د. محمد محمود أبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٩٦.

(١١٥) د.ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ١٢٣.

(١١٦) ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ،مصدر سابق، ص٤٨.

(١١٧) أنظر نص المادة ٧٤ من قانون المرافعات العراقي التي نصت على أن(الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب أبداءه قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه) وهو ايضا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية حيث نصت (أن لم يتم الطعن بالاختصاص المكاني أمام محكمة الموضوع بالدعوى الاعتراضية وقبل الدخول بأساس الدعوى فلا يجوز ايراد هذا الدفع أمام محكمة التمييز) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٨٩/ مدنية منقولة / ٢٠٠٨ الصادر في ٢٠٠٨/٩/٢٩ منشور في: مجلة التشريع والقضاء العدد الرابع (تشرين الاول ، تشرين الثاني ، كانون الاول) ٢٠٠٨.

(١١٨) دانية ماجد عبد الحميد ، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الاثبات ،مجلة الحقوق ، العدد ٩، ص ٢٧.

(١١٩) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٩٩.

(١٢٠) قروف موسى ، مصدر سابق ، ص ٤٧.

(١٢١) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق ، ص٢٢.

(١٢٢) مستاري عادل ، مصدر سابق ، ص١٨١.

(١٢٣) د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص ١٢٧.

(١٢٤) قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٦٨٣ لسنة ٥٤ في ١٩٩٢ /١/٢٩ القرار متاح على الموقع أدناه

www.cc.gov.eg/courts/cassation-cour-All-cassation-court-All-cases.aspxt. تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٤/٢٢ الوقت(٦:١٩م)

(١٢٥) د.ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج١، منشاة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٨٠،ص٥٧١.

(١٢٦) حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية(لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاًوفي موازنة بعضها بالبعض الاخر وترجيح ما تطمئن نفسه الى ترجيحه منها وفي أسخلاص مايرى أنه هو واقعة الدعوى لان خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى لافي فهم حكم القانون في هذا الواقع ولا يستثنى من هذه القاعدة الا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهمياً لاوجود له أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته او غير مناقض ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو) نقض ١/ مارس ١٩٣٤،القانون والاقتصاد،سنة ٢٠٠٤،رقم ٣٤،ص٨١.

(١٢٧) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي، مصدر سابق، ص١٦٦.

(١٢٨) د. ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ، ص٢٨.

(١٢٩) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق،ص٢٠.

(١٣٠) د. ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص١٣٢ – ١٣٣.

(١٣١) د. فتحي والي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص ١٢٧.

(١٣٢) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(١٣٣) د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٢٧.

(١٣٤) زينب جاسم محمد البهادلي ، سلطة القاضي في تقدير ادلة الاثبات المدني ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين،٢٠٠٣، ص ٥٠.

(١٣٥) انظر نص المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصري والمادة ٢٢٣ مرافعات فرنسي.

(١٣٦) انظر نصوص المواد ٨٣ و٨١ من قانون المرافعات العراقي المعدل تقابلها المادة ٧٠/ف٢ من قانون المرافعات المصري.

(١٣٧) د. منصور حاتم محسن وهادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص١١.

(١٣٨) جمال مولود ذبيان ، ضوابط صحة وعدالة والحكم القضائي في الدعوى المدنية ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ،١٩٩٢، ص١٧١.

(١٣٩) حامد فهمي و د. محمد حامد فهمي، مصدر سابق ، ص ١٤٨.

(١٤٠) قروف موسى الزين ، مصدر سابق ، ص٣٧.

(١٤١) حسين رجب محمد خلف، مصدرسابق، ص٩٩.د. ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص١٣١. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الاثبات ، مصدر سابق،ص٢٠.

(١٤٢) راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي بين النظرية والتطبيق ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٢٤٠.

(١٤٣) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، المصدر أعلاه ، ص١٥٥.

(١٤٤) المصدر نفسه ، ص١٣٤ وما بعدها.

(١٤٥) هاني يونس أحمد الجوادي ، رقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة(دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون /جامعة الموصل ،٢٠٠٥ ، ص٨٥.

(١٤٦) د. محمد حسن قاسم، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠١، ص٨٧.

(١٤٧) د. عزيز جواد هادي الخفاجي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، مطبعة جامعة بغداد ، ٢٠٠٨، ص٧١.

(١٤٨) د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير ، مصدر سابق، ص٢١.

(١٤٩) المادة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تقابلها المادة رقم ١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ تقابلها المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل.

(١٥٠) د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص٩.

(١٥١) د.عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٥٧.

(١٥٢) د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٣١.

(١٥٣) د.محمد محمود ابراهيم ،مصدر سابق، ص٣١٤.

(١٥٤) د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ،ص٥٨.

(١٥٥) د.نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص١٢٧.

(١٥٦) د. عبد الحكم فوده ، تفسير العقد ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٢، ص٤٧٩.

(١٥٧) أنظر المادتان ١٢ و١٣ من قانون المرافعات الفرنسي

Art(12-1:Le luge tranche le litige conformement aux regles de droit qui lui sent applicbles)

Art(12- 2: Il peut donner ou restituer leur exactequalification aux fait et actes litigieux sans sarreter a ala denomination que les perties eu auraient props,ss)

Art(12- 3:ii relelever d,office – les moyens de pur droit quell que soit le fondement juridique par les partis)

Art(12 -4 : toutefois,il ne peut change la denomination ou le fondement juridique lorsque les parties ,ev vertu dan accord expres et

pour les droits don t elle ont lalibre disposition ,lont lie par les qualification et point de droit auxquels ells enendent limiter le debat)

Art(12- 5 Le litige ne,les parties peuvent aussi, dans les memes matieres et sous la mem condition , conferer au juge mission de statuer comme amiable compositeur ,sous reserre dapple siellesn yout pass peecia lement renounce)

Art (13 :Le juge peut inviter les parties afournir les explications de droit quil estime necessaries du litige)

(١٥٨) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات ، مصدر سابق، ص٩٥.

(١٥٩) د.عباس العبودي ، المصدر أعلاه، ص٦٠.

(١٦٠) جواد الرهيمي ، مصدر سابق ، ص١٣٢.

(١٦١) فارس عبد الكريم ، القصور التشريعي ، (بحث في فلسفة القانون) متاح على الموقع الالكتروني www.alanoor.se ص٣، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٥/٢٢ الوقت (٨:١٥م).

(١٦٢) قرار محكمة التمييز رقم ٥٤٣/عمل بتاريخ ١٩٨٢/٨/١٢ مشار اليه لدى جواد الرهيمي، مصدر سابق ، ص٣١٥.

(١٦٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣٣٤/مدنية أولى ، تاريخ ١٩٨٠/١١/٢٥ مشار اليه في: جواد الرهيمي ،المصدر أعلاه،ص٣١٧.

(١٦٤) فارس عبد الكريم ، مصدر سابق ، ص٤.

(١٦٥) انظر في تفصيل ذلك

Pr.Ander akem, les op, cit .p9.

(١٦٦) انظر نص المادة ١ ف٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١تقابلها المادة ١ ف ٢من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(١٦٧) عباس قاسم مهدي الداقوقي ،مصدر سابق ، ص١٣.

(١٦٨) انظر

Walin LePourior . Normatif de juris Prujen ce, en (ASource book on French law By ottodaha French and others)oxford 1923.p.132

مشار اليه في: راقية عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص ٧٨

(١٦٩) أنظر في ذلك

Mozead(henry, Leon, jean),Leccons de droit civil ,obligation,2nd paris ,Tome1,p.126

(١٧٠) أنظر

Pr. Ander akem – les hommes ,op.cet.p 10

(١٧١) انظر

Ambroisc (oin et herry .Trate de Droit civil, refondu parlean jullit,dela morondir ,dalloz. Fanis. 1957, tomo I,p.172

(١٧٢) نقلاً د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق، ص ١٣٩. د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص٦٠.

(١٧٣) د. عباس العبودي، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق،ص٣٣.

(١٧٤) د. سمير عبد السيد تناغو ،أحكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق ، ص ٥٤٠.

(١٧٥) د. أدم وهيب النداوي، شرح أحكام قانون الاثبات ، مصدر سابق، ص٢٤.

(١٧٦) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، مصدر سابق ، ص٨٦ وما بعدها.

(١٧٧) نقض ١٩٧٥/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض ٢٦-١٠٨٥ س-٢٠ نقض ١٩٧٩/٣/١٧ مجموعة نقض ٣٩٩ س٤٢ القضائية مشار اليه في: د.عباس العبودي ، المصدر أعلاه، ص٣٤.

(١٧٨) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، مصدر سابق ، ص٨٤.

(١٧٩) عبد المجيد محمود مطلوب، المدخل الى الفقه الاسلامي ، ط١، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر ،٢٠٠٣، ص١٧.

(١٨٠) د.حسن كيرة ، المدخل لدراسة القانون ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ،ص ١٢١.

(١٨١) عباس قاسم مهدي الداقوقي ، مصدر سابق ، ص١١.

(١٨٢) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص١٤٩.

(١٨٣) انظر نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (١) من القانون المدني المصري.

(١٨٤) انظر ما جاء في مرافعة الافوكاتو العمومي بشأن عدم وجود نصوص في الشريعة الاسلامية تشبه نصوص القوانين وأن ليس فيها أحكام الفروع الا أراء الائمة المجتهدين وهي من الكثرة وانه يصعب لذلك معرفة الاراء الارجح منها لذلك يرى ان تسلك المحكمة مسلك الحذر فلا تطعن الحكم الا أذا خالف ارجح الاراء. للمزيد انظر د حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، مصدر سابق ، ص٨١.

(١٨٥) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص٦٨.

(١٨٦) د.عواد حسين ياسين العبيدي ، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ،ط١،مكتب السنهوري، بغداد ،٢٠١٦ ، ص٥٩.

(١٨٧) د.حسن كيرة ، مصدر سابق ، ١٣٢.

(١٨٨) راقية عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص٧١.

(١٨٩) د. عبد الحكم فودة ، مصدر سابق ، ص ١٨٣.

(١٩٠) – يقصد بفقدان النص بصدد الدعوى الفقدان التام للنص التشريعي أو كما يسميه البعض شغور النص للمزيد أنظر: د. صلاح الدين الناهي، من معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، المجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٧٧، ص٩ ومابعدها أشار اليه: عباس قاسم مهدي الداقوقي، مصدر سابق، ص٢١٨.

١٩١ – عباس قاسم مهدي الداقوقي، المصدر أعلاه، ص٢١٩.

المصـــادر

اولاً – الكتب القانونية

١. د.أبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج١، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٣.

٢. د. أدم وهيب النداوي ، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى المدنية، الطبعة الاولى ، دار الرسالة ، بغداد، ، ١٩٧٩.

٣. د. أدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات ، الطبعة الاولى ، الدار العربية للنشر والتوزيع ، بغداد، ١٩٧٦.

٤. د. أدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية، دون ناشر ، بغداد ، ١٩٨٦.

٥. د.احمد السيد الصاوي، ،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠

٦. د. أحمد محمد نبراس، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الاولى ، دون ناشر، بغداد ، ٢٠١٨.

٧. أحمد اشرف الدين، أصول الاثبات في المواد والتجارية ، الطبعة الاولى ، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٤.

٨. د. حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ، دون ناشر ، ١٩٣٧.

٩. د. حسن كيرة ، المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤.

١٠. جمال مولود ذبيان ، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي ، في الدعوى المدنية ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، ١٩٩٢.

١١. جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية ،ط٢،المكتبة القانونية ، بغداد،.٢٠٠٦

١٢. راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي بين النظرية والتطبيق ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، ٢٠٠٨.

١٣. د. رمضان أبو السعود ، أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥.

١٤. د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

١٥. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، دون ناشر ، ١٩٩٩.

١٦. سجى عمر شعبان، دور الخصوم في الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠١٢ .

١٧. ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤.

١٨. د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠٠٦.

١٩. د. عباس العبودي ،شرح أحكام قانون الاثبات المدني ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١١.

٢٠. عباس قاسم مهدي الداقوقي ، الاجتهاد القضائي(مفهومة–حالاته – نطاقة) الطبعة الاولى ، المصدر القومي للاصدرات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .

٢١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١،منشأة المعارف، الاسكندرية ،.٢٠٠٤

٢٢. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠١.

٢٣. د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد، دون سنة نشر.

٢٤. عبد المجيد محمود مطلوب ، المدخل الى الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ،مصر ، ٢٠٠٣.

٢٥. د.عبد الحكم فودة، تفسير العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،.٢٠٠٢

٢٦. د.عبد الحي حجازي، الاثبات في المواد المدنية ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٥٧.

٢٧. د. عصمت عبد المجيد ، شرح أحكام قانون الاثبات ، الطبعة الاولى ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦.

٢٨. د.عزيز جواد هادي الخفاجي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠٠٨.

٢٨. د. عواد حسين ياسين العبيدي ، الزام القاضي بالتفسير التطور للقانون ، ط١،مكتبة السنهوري ،بغداد ، ٢٠١٦

٢٩. د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، منشورات وزارة التعليم العالي ، بغداد ، ٢٠١٤.

٣٠. د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، ج٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧ .

٣١. فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

٣٢. د. محمد محمود أبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص١٩٨٢.

٣٣. د. محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة التكييف في القانون الاجرائي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، دون سنة نشر.

٣٤. د.محمد خليل الطعاني ، سلطة القاضي في توجيه سير الدعوى المدنية ، دار المسيرة ، الاردن ، ٢٠٠٠ .

٣٥. د. محمد حسن قاسم، الاثبات في المواد المدنية والتجارية،الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠١ .

٣٦. د.هشام الطويل ، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الاحوال الشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧.

٣٧. د.نبيل أبراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٣٨. د. نبيل أسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٨.

٣٩. د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩.

ثانياً- الرسائل والاطاريح

١. أيناس مكي عبد النصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)،اطروحة دكتوراة، مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء، ٢٠١٧.

٢. زينب جاسم محمد البهادلي ، سلطة القاضي في تقدير أدلة الاثبات المدني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة النهرين ، ٢٠٠٣.

٣. عمار محسن كزار الزرفي ، التعارض بين أدلة الاثبات في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون / جامعة كربلاء،.٢٠١٥

٤. قروف موسى الزين ، سلطة القاضي المدني في تقدير ادلة الاثبات ، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، ٢٠١٣ – ٢٠١٤.

٥. محمد غانم يونس الامين ، الطعن تمييزاً في الاحكام المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٦. مستاري عادل ،المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، أطروحة دكتوراه ، جامعة خيضر –بسكرة ، ٢٠١٠ _٢٠١١.

٧. هاني يونس أحمد الجوادي ، رقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة الموصل ، ٢٠٠٥.

ثالثاً- البحوث القانونية

١. حسين رجب محمد مخلف ، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية وقانون الاثبات ، مجلة التقني ، تصدر عن هيئة التعليم التقني ،المجلد السادس والعشرون ، العدد السادس ، ٢٠١٣.

٢. دانية ماجدعبد الحميد ، سلطة القاضي في تقدير أدلة الاثبات، مجلة الحقوق،تصدر عن كلية القانون / الجامعة المستنصرية ، العدد التاسع ، ٢٠١١.

٣. راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية (دراسة مقارنة) ،المجلة العربية للفقه والقضاء،العدد٤٦.

٤. فارسحامدعبد الكريم ،القصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون)، متاح على الموقع الالكترونيWWW.alanoor.se.

٥. د. منصور حاتم محسن ، ود. هادي حسين الكعبي ، الاثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون/ جامعة بابل ، العدد الاول ،.٢٠٠٩

٦. د.ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والادلة في الدعوى المدنية ، ، مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون / جامعة الموصل، مجلد ٩، السنة الثانية عشر، ٢٠١٤.

٧. د.ياسر باسم ذنون وجوتيار عبد الله احمد ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد ١٢، العدد٤٥، ٢٠١٠.

خامساً- التشريعات

أ – القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣. قانون الاثبات العراق يرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٦. قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

٧. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل بقانون ٢٠١٦.

٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل..

ب- الدساتير

١. الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥.

٢. الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤.

سادساً – المصادر الفرنسية

1-Ambroisc (on et herry Capitant .Tarite de Droit Civil ,refondu parlean Jullit ,Dela morondier.

2- Pr .Ander akam.les hommes on tune Foi ardente dans L'existence de la Justice .paris.1951,n24

3 -Mozead(henry, Leon, jean),Leccons de droit civil ,obligation,2nd paris ,Tome1.